

DET FARLIGE SPILLET

Ugyldighet og tilbakesøking av spillegjeld

"Allerede i forværelset hørte jeg pengene klirre inne på spillebordet, og jeg begynte å skjelve over hele kroppen."

Fjodor M. Dostojevskij, Spilleren (1867)

Kandidatnummer: 650

Leveringsfrist: 25.11.2007

Til sammen 17.871 ord.

20.11.2007

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	1
1.1 Presentasjon av emnet for fremstillingen	2
1.1.1 Problemstilling	2
1.1.2 Avgrensninger	3
1.2 Begrepsbruk	3
1.3 Rettskildesituasjonen	3
1.3.1 Avhandlingens metode	3
1.3.2 Særskilt om bruk av nemndspraksis	4
1.4 Plan for fremstillingen	5
2 PRESENTASJON AV STRAFFELOVENS IKRAFTTREDELSESLOV § 12 NR. 1	5
2.1 Innledning	5
2.2 Historikk	6
2.3 Bærende hensyn	7
2.4 Bestemmelser i utenlandsk rett	8
3 NÆRMERE OM STRAFFELOVENS IKRAFTTREDELSESLOV § 12 NR. 1	11
3.1 Begrepene ”Spil og Væddemaal”	11
3.2 Rettsvirkningene av ugyldighet	15
3.3 Kan avtaler om spillegjeld ratihaberes?	17
4 AVTALER MELLOM TO ELLER FLERE SPILLERE	18

5 LÅNEAVTALE MELLOM EN SPILLER OG EN LÅNGIVER	19
5.1 Regelens rekkevidde – lovlige og ulovlige spill	19
5.2 Krav til gjeldens formål	23
5.3 Tidspunktet for kunnskap	24
5.4 Kunnskapskravet	26
5.5 Særlig om bruk av kredittkort.	28
5.5.1 Vurderingen etter straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1	28
5.5.2 Vurderingen etter kredittkjøpsloven § 8	39
6 TILBAKESØKING AV BETALT GJELD	45
6.1 Kunnskapskravet – ”Uvidenhed om Fordringens Ugyldighed”	46
6.2 Betaling med ”Formuesgjenstande istedetfor Penge”	48
6.3 Hvor mye kan kreves tilbakebetalt	49
7 VEIEN FREMOVER – DE LEGE FERENDA	54
KILDER	55

1 Innledning

Opp gjennom historien har man sett eksempler på mennesker som har fått store problemer som følge av at de har pådratt seg spillegjeld. Fra bygdebøker og andre historiske verk er det ofte vist til at gårder skiftet eier som følge av spillegjeld. Derav også uttrykket ”å spille seg fra gård og grunn”.

Myndighetene har derfor forsøkt å regulere spillemarkedet, både gjennom strafferettslige regler og gjennom privatrettslige regler.

For den privatrettslige delen av lovgivningen har dette ført til unntak fra det store utgangspunkt om avtalefrihet og at avtaler skal holdes – *pacta sunt servanda* – slik man kjenner det fra antikkens romerrett. Avtaler om spillegjeld var ugyldige etter romersk rett, og kunne følgelig ikke fordres inn ved hjelp av domstolene.¹

Fra gammelt av hadde man i norsk rett en nesten fullstendig avtalefrihet. Norske Lov fra 1687 hadde som utgangspunkt at det eksisterte en fullstendig avtalefrihet.² Unntaket fra dette var avtaler som stred mot ”*Loven, eller Ærbarhed*”.³

Avtaler om gambling, enten man kaller dette spill, hazard, veddemål eller lykkespill, har tradisjonelt vært ansett som viljeserklæringer som strider mot ærbarhet. Slike avtaler falt under unntaksbestemmelsen i artikkel 2 frem til de ble uttrykkelig regulert i en kongelig forordning fra 1753.

Pengespill og lotteri er etter norsk rett i utgangspunktet forbudt og kan kun tilbys med hjemmel i lov, jf straffeloven § 298, totalisatorloven § 3 jf § 1, pengespilloven § 2 og lotteriloven § 6.⁴ De få spillene som er lovlige, er med få unntak avhengig av spesiell tillatelse fra myndighetene for å kunne avholdes.

¹ Digestene Bok 11 Kapittel 5 ”De aleatoribus – Om spillere”. Her var spillavtaler forbudt og ugyldige dersom de dreide seg om noe mer enn underholdning. Man gjorde et skille mellom spill og veddemål, der sistnevnte var lovlig hvis det dreide seg om idrettskonkurranser.

² Kong Christian Den Femtes Norske Lov 15. april 1687 Femte Bog 1. Capitel 1. Art.

³ Op. cit. 2. Art.

⁴ Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) 22. mai 1902 nr. 10, lov om veddemål ved totalisator 1. juli 1927 nr. 3, lov om pengespill m.v. 28. august 1992 nr. 103 og lov om lotterier m.v. 24. februar 1995 nr. 11.

I forlengelsen av de strafferettslige bestemmelsene representerer straffelovens ikrafttredelseslov⁵ ("ikrafttredelsesloven") § 12 nr. 1 den sivilrettslige siden av forbudet, ved at den ivaretar de avtalerettslige forholdene vedrørende spillavtaler, samt tilbakesøkningshjemmel for allerede innbetalt spillegjeld. Også kredittkjøpsloven⁶ kan tenkes å ha anvendelse ved transaksjoner som foretas med kredittkort.

Dagens norske myndigheter er fortsatt opptatt av å ha et regulert spillmarked i Norge, men med den utviklingen som har foregått både innenfor teknologi og markedstilgang, har det dukket opp nye problemstillinger som eldre regler ikke har tatt direkte stilling til.

Spesielt aktuelt er tilfanget av nye pengespill som tilbys over internett, noe som sammen med annen ny kommunikasjonsteknologi har skapt et stort marked for gambling. Mulighetene for å stifte spillegjeld er derfor større enn noen sinne. I en undersøkelse fra 2003⁷ kommer det frem at ca. 50.000 personer i Norge lider av spillegalskap, mens det i en undersøkelse fra 2005 fremkommer at tallet er ca. 70.000.⁸

1.1 Presentasjon av emnet for fremstillingen

1.1.1 Problemstilling

Det sentrale emnet for fremstillingen er de avtalerettslige og obligasjonsrettslige sidene ved stiftelse av spillegjeld. Mer konkret vil jeg se på gyldigheten av avtaler om spill og veddemål, og muligheten for å kreve tilbake en betaling som er foretatt i overensstemmelse med en ugyldig avtale.

Selv om jeg også vil komme inn på enkelte andre regelsett, vil fremstillingen i all hovedsak basere seg på straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1.

Slik denne regelen er oppbygd, er det særlig to partskonstellasjoner som er av interesse. For det første avtaleforholdet mellom spillerne, og for det andre avtaleforholdet mellom en spiller

⁵ Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden 22. mai 1902 nr. 11.

⁶ Lov om kredittkjøp m.m. 21. juni 1985 nr. 82.

⁷ *Pengespill og pengespillproblemer i Norge* Sirius rapport nr. 2 for 2003.

⁸ *Undersøkelse om pengespill* foretatt av MMI, Oslo 15.09.2005.

og en tredjeperson som yter lån til denne for bruk til spill. Jeg vil i fremstillingen behandle begge disse avtalesituasjonene.

I forlengelsen av dette vil jeg også behandle situasjonen som oppstår der en spiller allerede har betalt spillegjelden i henhold til en ugyldig avtale, men ønsker å søke tilbake det innbetalte.

1.1.2 Avgrensninger

Fremstillingen har et rent privatrettslig perspektiv, og jeg vil ikke gå inn på de strafferettslige sidene av pengespill, med mindre straffereglene kan si noe om tolkningen av de privatrettslige reglene.

Jeg har videre valgt å gjøre rede for den mer klassiske formen for pengespill. Andre typer ”spill” som for så vidt er praktisk viktige, slik som for eksempel valuta- og børsspekulasjon, swap-avtaler, terminspill og differansehandel, ville sprengt rammene for denne fremstillingen og vil derfor ikke bli behandlet her.

Av samme grunn blir de skatterettslige problemstillingene som kan reises i forbindelse med spilling, holdt utenfor.

1.2 Begrepsbruk

Selv om loven kun snakker om ”*Spil og Væddemaal*” vil jeg i denne fremstillingen også bruke vanlige betegnelser for det samme, slik som spill, pengespill, gambling osv. De ulike betegnelse har ingen rettslig forskjell.

1.3 Rettskildesituasjonen

1.3.1 Avhandlingens metode

Jeg har ved tolkningen av ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 benyttet meg av tradisjonell norsk juridisk metode slik den er beskrevet i juridisk litteratur.⁹ Loven er imidlertid gammel, og

⁹ Eckhoff, *Rettskildelære*.

samfunns- og teknologiutviklingen har ført til at flere aktuelle problemstillinger ikke reguleres direkte av ordlyden.

Av samme grunn har ikke forarbeidene alltid vært til like stor hjelp.

Det er lite rettspraksis på området, men desto mer privat praksis.

Privates praksis, nærmere bestemt avgjørelser i Bankklagenemnda, har i flere saker behandlet spørsmålene. Selv om halvparten av avgjørelsene er avsagt under dissens, er de entydige i resultatene.

Rettskildesituasjonen blir derfor slik at jeg tidvis har måttet legge større vekt på tradisjonelt mindre vektige rettskildefaktorer, slik som nemndspraksis og reelle hensyn.

I tillegg vil jeg benytte utenlandsk rett, delvis for å belyse de lege lata, men også til hjelp ved å vurdere de norske reglene de lege ferenda.

1.3.2 Særskilt om bruk av nemndspraksis

Bankklagenemnda ble opprettet i 1988 som et rådgivende organ i tvister mellom bankene og forbrukerkundene. Nemnda er sammensatt av fem medlemmer, hvorav to representerer bankene, to representerer forbrukerne, samt formannen som anses som uavhengig. Dagens formann, professor Viggo Hagstrøm fra juridisk fakultet ved Universitetet i Oslo, har sittet som formann siden 1991.

Finansavtaleloven¹⁰ § 5 jf § 4 gir forbrukere rett til å kreve saken sin ført for Bankklagenemnda, noe som fører til at nemnda hvert år behandler opp mot 800 saker. Slik praksis kan ha stor betydning innenfor bankavtaler, til tross for at nemnda kun utgir rådgivende uttalelser. Grunnen til dette er for det første det store antall saker som kommer opp, at avgjørelsene blir offentliggjort, og nemndas praksis med å følge sine tidligere uttalelser. I tillegg er nemndas medlemmer gjerne spesialister på området, noe som gjør at deres uttalelser har stor argumentasjonsverdi. Dette kan føre til at dommeren mer eller mindre bevisst legger større vekt på avgjørelsen ut fra de reelle hensyn som avgjørelsen reflekterer.

¹⁰ Lov om finansavtaler og finansoppdrag 25. juni 1999 nr. 46.

Den rettskildemessige vekten av uttalelsene vil variere ut i fra ”forekomsten av annet materiale og på de innrettelseshensyn som kan foreligge”.¹¹

1.4 Plan for fremstillingen

I den videre fremstillingen vil jeg først gi en oversikt over den grunnleggende ugyldighetsbestemmelsen om spillegjeld i ikrafttredelsesloven, med et kort historisk tilbakeblikk og plassering i det juridiske landskapet. Deretter vil jeg dele avhandlingen i to deler, der første del vil dreie seg om spørsmålet om ugyldighet, mens andre del vil behandle spørsmålet om tilbakesøking.

2 Presentasjon av straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1

2.1 Innledning

Straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1 lyder slik:

”Af Spil og Væddemaal opstaar ingen Forpligtelse, og en Anerkjendelse af derved stiftet Gjæld er uforbindende.

Det samme gjælder Laan eller Forskud, som nogen vidende om Øiemedet har ydet til Brug ved Spil eller Væddemaal.

Hvad om Spil og Væddemaal er bestemt, gjælder ogsaa med Hensyn til Terminspil (Differenshandel), som har et Spils eller Væddemaals Karakter.

En frivillig ydet Betaling kan ikke fordres tilbage, medmindre Betalingen er ydet i Uvidenhed om Fordringens Ugyldighed eller med Formuesgjenstande istedetfor Penge.”

Bestemmelsens første ledd inneholder ugyldighetsregelen.

Annet ledd gir regelen anvendelse også overfor tredjemann som har ytt lån til bruk i spill.

Tredje ledd faller utenfor fremstillingens rammer, men er utførlig behandlet i Tjaum: Valuta- og renteswaper.¹²

Fjerde ledd regulerer tilbakesøkningsadgangen for frivillig innbetalt spillegjeld.

¹¹ Hagstrøm, *Bankklagenemnda. Nytt liv i gammel juss*. Lov og Rett 1995 s. 537.

¹² Tjaum *Valuta- og renteswaper* s. 213 flg.

2.2 Historikk

Reglene om spillegjelds ugyldighet har som nevnt gammelt opphav, med røtter tilbake til romerretten.

Norske Lov 5-1-2 inneholder en regel om at kontrakter ikke må stride mot ærbarhet, og det kan argumenteres for at avtaler om spill og veddemål kunne falle inn under denne bestemmelsen.¹³ Gamblingavtaler ble likevel uttrykkelig regulert i den nå opphevede NL 5-13-53, som lød:

*”Ingen er pliktig til at betale hvis hand i Dobbel taber og der skyldig bliver.”*¹⁴

I 1753 ble ugyldighetsregelen slått fast i kongelig forordning. Det het her at:

*”Har nogen spillet sligt Spil paa Credit og tabt, maae han ei samme betale.”*¹⁵

Denne bestemmelsen kom som et supplement til Norske Lov, og forholdet mellom dem er beskrevet av Hallager. Han skiller mellom de rene hasardspill, som kjennetegnes av de rene tilfeldigheter, og de såkalte kunstspill, der utfallet beror på ferdighet eller kombinasjonen mellom ferdighet og flaks. Hans mening er at ”[h]ar Spillet ikke en saadan Karakter [flaks avgjørende for resultatet – min merknad], men Udfaldet derimod beror enten paa Færdighed alene, eller paa Færdighed og Lykke i Forening, kommer [forordningen] ikke til Anvendelse, men kun L. 5. 13. 53”.¹⁶

Disse bestemmelsene ble ikke opphevet før man fikk dagens bestemmelse, ikrafttredelesloven § 12 nr. 1. Etter lovens forarbeider kan man ikke se tegn til at man ønsket å endre rettstilstanden, så resultatet må være at denne bestemmelsen tar opp i seg både de rene hasardspill, men også de såkalte kunstspillene. For kunstspillenes vedkommende vil ugyldigheten bero på en konkret helhetsvurdering av hvor stor del av utfallet som er bestemt av flaks. Dette omtales nærmere under punkt 3.1.

¹³ Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687 Femte Bog Cap. 1 Art. 2

¹⁴ Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687 Femte Bog Cap. 13 Art. 53 [”Dobbel” har samme rettslige innhold som ”spill”.]

¹⁵ Kongelig forordning 6. oktober 1753 pkt. 8.

¹⁶ Hallager *Den Norske Obligationsret Iste Bind* s. 450.

2.3 Bærende hensyn

På bakgrunn av historikken bak de ulike bestemmelsene som har gjort gamblingavtaler ugyldige, fremstår særlig to hensyn som de viktigste.

For det første har man ment at å tjene penger på spill strider mot den gode moral. Det følger av spillets natur at man baserer seg på at motspilleren taper. Man gjør derfor profitt på andres ulykke. Uten at det er direkte sagt i forarbeider, er det nærliggende å anta at det i Norge på 1900-tallet fortsatt eksisterte offentlig misbilligelse, blant annet basert på religion, når det gjaldt synet på gambling. Mot dette kan det anføres at forordningen fra 1753 unntok hoffet fra forbudet mot gambling.

Dessuten vil gamblingavtaler mangle slike nyttige formål som samfunnet burde oppmuntre til.¹⁷ Det eneste formålet er jo i prinsippet spenningen forbundet med en mulig gevinst. Dette støttes av Skeie som, i forhold til straffebestemmelsen, fremholder at "[h]andlingen straffes fordi den strider mot samfundets interesser. Spilleren bruker (sin tid og) sine midler på en måte som ikke bare er uproduktiv, men til like demoraliserende. Spillet sløver respekten for det verdiskapende arbeide; det har for så vidt samme karakter som lediggang. Det fører ofte til ruin og dermed til ulykke for spillerens familie".¹⁸ De samme holdninger må antas å ligge til grunn også for den privatrettslige regelen.

Når så likevel enkelte pengespill er blitt lovlige, kan man spørre seg om dette hensynet har noen særlig vekt i dag. Hvordan kan staten bedrive en virksomhet som samfunnet betrakter som umoralsk? Svaret finnes muligens i de vilkårene staten har satt for sine spill. Når overskuddet går til gode formål, slik som idrettslag og lignende, vil ikke spillet være like umoralsk som når overskuddet går rett i lommen på privatpersoner og bedrifter, selv om den enkelte spiller føres ut i fortapelsen. Dessuten vil samfunnets moraloppfatning ikke nødvendigvis gjenspeiles i statens praksis. Både når det gjelder våpenproduksjon- og handel, og beslutningen om å sende norske tropper til konfliktområder i utlandet, kolliderer statens praksis med moraloppfatningen i deler av befolkningen. Når dette er sagt, må det likevel antas at den allmenne moraloppfatning når det gjelder gambling nå er en annen enn for hundre år siden. Dette kan tale for ikke å legge for stor vekt på den moralske begrunnelsen bak ugyldighetsregelen.

¹⁷ Agell *Spelvinster, hedersskulder och väntjänster* s. 10.

¹⁸ Skeie *Den norske strafferett* s. 737 flg.

Det andre hensynet, som må sies å være det mest tungtveiende, er hensynet til de som spiller for mer enn de kan tåle å tape, og ønsket om å motvirke at disse setter seg i spillegjeld. Dette kommer til syne ved at både forordningen fra 1753 og ikrafttredelsesloven også gjør avtaler om lån til bruk i pengespill ugyldige. Man skal altså ikke kunne spille for mer enn man har.

Forarbeidene til ikrafttredelsesloven behandler ikke dette direkte, men viser mer generelt til forordningen fra 1753. Bakgrunnen for denne finner man direkte i innledningen til forordningen:

”Da utilladelig og optrækkersk [bedragerisk] Spil har nu mere end tilforn [tidligere] her i Landene og især i København taget Overhaand, hvorved endeel af Undersaatterne og fornemmelig unge Mennesker ofte ruineres, ja bringes til Bettelstaven [tiggning], saa bliver (af særdeles Omhue for Undersaatterne, og for at betage [frata] de Skrøbelige iblant dem slig Anledning til at forøde det, de have erhvervet) al saadan Spil forbudet,”

At beskyttelseshensynet overfor allmuen var viktig kommer her direkte til uttrykk i ordlyden, men også det faktum at lovens forbud ikke omfattet det kongelige hoff, jf forordningens 2. ledd, taler i samme retning.

I forhold til ikrafttredelseslovens annet ledd har Høyesteretts kjæremålsutvalg lagt vekt på at bestemmelsen er et resultat av ”et ønske om å beskytte personer mot å falle for fristelsen til å spille for høyere innsats enn de har dekning for”.¹⁹

Alt dette taler i retning av at beskyttelsesformålet er svært viktig.

2.4 Bestemmelser i utenlandsk rett

Blant annet fordi reglene om spillegjelds ugyldighet har røtter tilbake til romerretten, finner man samme type regler rundt om ellers i Europa. Arne Tjaum har omtalt dette i forbindelse med sin doktorgradsavhandling, der han berører straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1 tredje ledd. Spørsmålet i den forbindelse var om ugyldighetsinnsigelsen, omtalt som *gaming exception* eller *exception de jeu*, kunne gjøres gjeldende av en av partene i en swapavtale.²⁰

¹⁹ Rt. 2003 s. 1210 avsnitt 24.

²⁰ Tjaum *Valuta- og renteswaper* s. 215.

I engelsk rett hadde man tidligere regler i Gaming Act 1845, section 18 og Gaming Act 1892 section 1 om spillegjelds ugyldighet.²¹

Bakgrunnen for regelen har blitt forklart med ”engelskmännens fallenhet för vadslående”.²²

Disse er nå opphevet ved Gambling Act 2005 part 17, section 334. Hovedregelen er nå, i følge section 335 1.ledd, at “*The fact that a contract relates to gambling shall not prevent its enforcement.*”²³

Begrunnelsen for dette synes å være at de engelske myndighetene ønsket at spillegevinster skulle kunne inndrives rettslig. Man hadde altså spillerens interesser for øyet. At dette også fører til at spillere som setter seg i gjeld nå kan oppleve å bli stevnet for retten for inndrivelse av kravet, ser ikke ut til å ha blitt særskilt vurdert. I praksis er det likevel ikke sikkert at dette vil bli et problem, fordi bookmakerne i England, på bakgrunn av loven fra 1845, har opparbeidet seg en praksis der man kun tar i mot kontant betaling. Av dette følger det at også England legger avgjørende vekt på å beskytte spilleren.

I fransk rett finner man ugyldighetsregelen i Code Civil artikkel 1965, som lyder:

*”La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari.”*²⁴

I tysk rett finner man ugyldighetsregelen i Bürgerliches Gesetzbuch § 762, som i første ledd lyder:

*”Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet.”*²⁵

²¹ <http://www.newadvent.org/cathen/06375b.htm>

²² Agell *Om spelvinster, hedersskulder och väntjänster* s. 8.

²³ http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/ukpga_20050019_en_23#pt17-11g334

²⁴ ”Loven gir ingen action [forordning/rettslig beskyttelse] for en spillegjeld eller betaling av slik gjeld.”

²⁵ ”Gjennom spill eller veddemål oppstår ingen forpliktelse.”

Unntak gjelder for de lovlige pengespillene, jf BGB § 763:

*”Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Anderenfalls findet die Vorschrift des § 762 Anwendung.”*²⁶

I svensk rett utgjør det rettslige prinsippet omtalt som *pactum turpe* en innskrenkning i avtalefriheten, ved at avtaler som er i strid med *goda seder*, ikke kan drives inn for domstolene. Det er antatt at avtaler som gjelder spillegjeld strider mot dette prinsippet. Dette er således ulovfestede regler, men er like fullt ”vålbekanta till sitt innehåll”.²⁷

I dansk rett har man i Danske Lov fra 1683 en regel om spillegjelds ugyldighet, som lyder slik som bestemmelsen i den foran nevnte Norske Lov:

*”Ingen er pligtig til at betale hvis hand i Dobbelt taber og der skyldig bliver.”*²⁸

Som i den opphevede norske regelen dekker ordlyden kun spill – ikke veddemål. Det er stilt spørsmål ved dette i dansk juridisk litteratur. Ussing anbefaler domstolene å erklære ”alt Væddemaal for ugyldigt”.²⁹ Lyng Andersen, Madsen og Nørgaard mente tidligere at denne løsningen var tvilsom. Etter deres syn kunne det være avgjørende om man veddet om en fortidig eller fremtidig hendelse, der en fremtidig hendelse kunne utgjøre et veddemål som måtte likestilles med et spill.³⁰ I en senere utgave av boken, synes tvilen å være mindre, da det slås fast at ”[d]enne regel må antages også at omfatte hasardspil og væddemål”.³¹

²⁶ ”En lotterikontrakt eller en spillkontrakt er forpliktende, dersom lotteriet eller spillet er statlig godkjent. I andre tilfeller kommer regelen i § 762 til anvendelse.”

²⁷ Agell *Om spelvinster, hedersskulder och väntjänster* s. 8.

²⁸ Kong Christian Den Femtes Danske Lov af 15. 04. 1683 Femte Bog Cap. 14 Art. 55.

²⁹ Ussing *Aftaler* s. 216.

³⁰ Lyng Andersen, Madsen og Nørgaard *Aftaler og mellemmand* s. 299.

³¹ Lyng Andersen og Madsen *Aftaler og mellemmand* s. 247.

3 Nærmere om straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1

3.1 Begrepene ”Spil og Væddemaal”

Etter ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 første ledd, første alternativ fremgår det at ”*Af Spil og Væddemaal opstaar ingen Forpligtelse*”.

Etter annet alternativ fremgår det at ”*Anerkjendelse af derved stiftet Gjæld er uforbindende*”.

Etter alminnelig språkbruk omfatter spill og veddemål situasjoner der man betaler en sum penger for å få sjansen til å vinne en premie.

Dette omfatter situasjoner der to eller flere spekulerer i en tilfeldig fremtidig hendelse eller et forhold som på avtaletidspunktet er ukjent for dem, der begge parter kan vinne eller tape på bakgrunn av utfallet.³²

Men også situasjoner der faktum er kjent for en av partene, vil man kunne snakke om spill eller veddemål. For eksempel dersom en person er sikker på at Norge har vunnet mot Brasil i fotball, og blir møtt av en som bestrider dette. De blir så enige om å vedde om forholdet, for så å sjekke det ut senere. Det viser seg da at A hadde rett, akkurat slik som han visste.

Avgjørende her vil formodentlig være om motivet bak veddemålet er å få den personlige tilfredsstillelse av å ha rett, eller om motivet er å vinne noe. Mer om kravet til vinnings hensikt følger nedenfor.

Dette sier likevel ingenting om skillet mellom spill og veddemål.

Etter lovens ordlyd likestilles spill og veddemål. En slik likestilling av begrepene har en vesentlig retts teknisk fordel, ved at man slipper å foreta noen grensedracting mellom dem.

Verken forarbeidene til straffeloven eller ikrafttredelsesloven foretar noe skille, og å angi dette vil derfor kun ha en viss teoretisk interesse.

³² Skeie *Den norske strafferett* s. 738.

Selv om begrepene ”*Spil og Væddemaal*” er rettslig likestilt, sier ikke dette noe om innholdet i begrepene.

Ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 inneholder ingen legaldefinisjon. Det vil derfor være naturlig å se hen til den strafferettslige forståelsen, fordi reglene er ment å korrelere. Dette fremkommer av forarbeidene til ikrafttredelsesloven:

”Straffelovudkastet § 299 ligestiller i strafferetlig Henseende Væddemaal med Spil, og heraf følger, at det ogsaa i civilretlig bør erklæres ligestillet.”³³

Etter straffelovens § 299 første ledd³⁴ er ”*Lykkespil*” ethvert ”*Spil*” om penger eller ”*Penges Værd*”, hvor ”*det vindesyge Øiemed*” fremtrer som den herskende motivasjonen sett på bakgrunn av ”*Spillets Art eller Indsatsernes Høide*”. I tillegg slår annet ledd fast at ”*Væddemaal*” også faller inn under betegnelsen.

Det første spørsmålet blir derfor hvilke typer spill som omfattes av bestemmelsen. Skeie opererer med skillet ”hasardspill” og ”kunstspill”. Etter hans mening er det kun hasardspillene, de objektivt tilfeldige spill slik som roulette, som faller inn under bestemmelsen, mens kunstspill som beror på ferdighet, slik som sjakk, faller utenfor.³⁵ Poker vil etter en slik vurdering være delvis basert på ferdighet, men også på flaks. Elementet av flaks er etter min oppfatning tilstrekkelig til å føre poker inn under bestemmelsen. At kortspill er omfattet av bestemmelsen kan man dessuten utlede fra ikrafttredelseslovens forarbeider.³⁶ Andre forfattere tar til orde for at også de spill som beror kun på ferdighet, kan falle inn under begrepet ”*Lykkespil*”, dersom innsatsen er høy og det vinnesyke øyemedet fremtrer som det vesentligste.³⁷

At spilllets objektive art ikke alene er nok til å unnta det fra bestemmelsen er forutsatt i forarbeidene til straffeloven § 299. Her uttales det at fordelene med lovens definisjon er at ”Hazarden i alle dens Former kan forfølges, uden at det nytter at paaberaabe sig Spillets objektive Karakter ...”.³⁸

³³ Motiver ikrafttredelsesloven s. 42.

³⁴ Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) 22. mai 1902 nr. 10.

³⁵ Skeie, *Den norske strafferett* s. 739.

³⁶ Motiver ikrafttredelsesloven s. 46.

³⁷ Bratholm/Matningsdal *Straffeloven med kommentarer. Anden Del. Forbrydelser* s. 809.

³⁸ Motiver straffeloven s. 253.

Dette bringer oss over til kravet om ”*det vindesyge Øiemed*”.

I følge Skeie vil man ha vinnesyk hensikt når man ”søker å skaffe sig fordel uten nogen rimelig motydelse”.³⁹ Dette kan også betegnes som ”uberettiget vinnings hensikt”.⁴⁰

Vurderingen av hva som er vinnesyk hensikt vil måtte tas konkret i den enkelte sak.

Kjerschow anfører at ”[n]år der skal tas hensyn ikke alene til spilllets egen art, nemlig om utfallet beror på slump eller til like på beregning, men også til innsatsenes høide, således til om spillet finner sted for vinnings eller for underholdningens skyld, må der sees hen til spillernes formuesforhold og livsvaner, følgelig til innsatsenes relative, ikke bare til deres absolutte høide ...”.⁴¹

Så langt kan man da si at det, i strafferettslig forstand, må foreligge et element av gambling som hovedmotivasjon for avtalen.

Dette betyr nødvendigvis ikke at samme forståelse må legges til grunn i forhold til ikrafttreddelsesloven. Når *Lykkespil* er noe mer enn et *Spil* fordi man ser hen til den vinnesyke hensikt, og bestemmelsene har forskjellig ordlyd, kan man hevde at lovgiver har ment at ikrafttreddelseslovens ugyldighetsregel skal ha større rekkevidde enn bestemmelsen i straffeloven, ved at man her ikke trenger å operere med vinnesyk hensikt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Skeie mener likevel at ”avtalene er likestilt både strafferettslig ... og civilrettslig” og ”begge arter omfattes av lovens betegnelse ”lykke-spil”.⁴²

Arnholm er av den oppfatning at regelen ”gjelder selv om spillet ikke har preg av hasard”.⁴³ Uttalelsen er imidlertid ikke nærmere underbygget.

Ut fra den meget beskjedne omtalen i forarbeidene kan det se ut til at lovgiver ønsket å få til et likt anvendelsesområde.

³⁹ Skeie *Den norske strafferett* s. 740.

⁴⁰ Bratholm/Matningsdal *Straffeloven med kommentarer. Anden Del. Forbrydelser* s. 811.

⁴¹ Kjerschow *Straffeloven med kommentar* s. 737.

⁴² Skeie *Den norske strafferett* s. 738.

⁴³ Arnholm *Privatrett II Avtaler* s. 256.

Dette støttes også av at dersom vinnesyk hensikt ikke er et vilkår etter ikrafttredelsesloven, ville alle avtaler med en viss form for spekulasjon i fremtidige hendelser være ugyldige avtaler om spill eller veddemål. Alle typer aleatoriske kontrakter, slik som forsikringsavtaler, ville da vært ugyldige.⁴⁴ Dette kan ikke sies å være i overensstemmelse med formålet bak loven. Det man ønsket til livs var de egentlige gamblingavtalene. Avtaler som ble ansett som samfunnstjenelige, hadde man ikke behov for å motvirke.

Denne forståelsen har man lagt til grunn både i dansk og svensk rett.⁴⁵

At avtalen må inneholde et vesentlig gamblingelement for å falle inn under ikrafttredelsesloven støttes også av rettspraksis som har tatt stilling til dette. I RG 1997 s. 1660 (Borgarting) kom problemstillingen på spissen i forbindelse med en sak om erstatningsansvar for medlemmene av et såkalt Hui. Dette fungerer som en intern markeds plass der man kan skyte inn penger og få rente på disse på bakgrunn av renter som fastsettes gjennom lukket budrunde. Det ble i saken blant annet anført at det ikke eksisterte noe erstatningskrav, fordi avtalene måtte anses som spill etter straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1, og derfor var ugyldige. Lagmannsretten var ikke enig i dette, og bemerket i den forbindelse:

”Det kan likevel ikke karakteriseres som spill i relasjon til straffelovens ikrafttr. § 12. Dertil er det rene hasard/gevinstelementet for lite fremtredende. Lagmannsretten vil således anse det aktuelle ”Hui” som en forholdsvis vanlig låne- og spareordning for vietnameserinnevandrere i Oslo, som henvises til å skaffe seg lånekapital ad andre kanaler enn via det ordinære bankvesen.”

Det samme standpunkt er tatt i forhold til ikrafttredelseslovens 3. ledd som gjelder terminspill og differansehandel. Både Tjaum og Hagstrøm legger her til grunn at avtaler som kun er ment i spekulasjonsøyemed, faller inn under betegnelsen ”*Spils eller Væddemaal* Karakter”. Avtaler som er motivert av andre ønsker, typisk sikringsformål, faller utenfor bestemmelsen.⁴⁶ Det er naturlig at en slik forståelse da også må legges til grunn ved tolkningen av den øvrige bestemmelsen på grunn av symmetrihensyn.

⁴⁴ Begrepet aleatoriske kontrakter har røtter i romerretten. I fransk rett brukes begrepet *contrat aléatoire*.

⁴⁵ Ussing *Aftaler* s. 214, Agell *Spelvinster, hedersskulder och väntjänster* s. 11.

⁴⁶ Tjaum *Valuta- og renteswaper* s. 322, Hagstrøm ”*Spil og Væddemaal*” om valuta s. 70.

På bakgrunn av dette er det derfor naturlig å innfortolke et krav om vinnings hensikt også i ikrafttreddelsesloven. For å bruke eksempelet forsikringsavtaler, vil man godta forsikringsavtaler som er ment å gi en kompensasjon som er reell ut fra forsikringsobjektets størrelse. Selv om slike kontrakter inneholder en viss grad av spekulasjon i forhold til fremtidig utvikling og mulige fremtidige hendelser, er det ikke spekulasjonen som er hovedpoenget med avtalen. Sikringsformålet gir avtalen et formål som må anses som samfunnstjenelig. Motsatt, dersom man inngikk en forsikringsavtale som utbetalte langt mer enn forsikringsobjektets verdi ville tilsi, med eller uten ekstra kompensasjon, ville man etter omstendighetene kunne si at man sto overfor en avtale med vinnesyk hensikt.⁴⁷

Har man først slått fast at det foreligger ”*Spil*” eller ”*Væddemaal*”, vil avtalen være ugyldig. Det neste spørsmål blir da hva slags rettsvirkninger dette får.

3.2 Rettsvirkningene av ugyldighet

Ugyldighet er et koblingsord mellom ugyldighetsgrunnene og ugyldighetsvirkningene. Med andre ord er det i seg selv ikke interessant om en avtale er gyldig eller ikke, dersom man ikke samtidig ser på hva slags konsekvenser ugyldigheten får for den enkelte avtalen.

Innen juridisk terminologi snakker man om forskjellige former for ugyldighet, og de ulike formene sorteres ut fra hvilke interesser som skal ivaretas. Her skiller man gjerne mellom formmangler, habilitetsmangler, tilblivelsesmangler og innholdsmangler.⁴⁸

Avtaler om spillgjeld er avtaler som etter sitt innhold er ugyldige. For innholdsmangler som ugyldighetsgrunn skilles det mellom regler som er til vern om offentlige interesser, og regler til vern av partene selv – enten mot hverandre eller mot seg selv. Ugyldighetsregler som er ment å beskytte offentlige interesser vil som hovedregel innebære at avtaler i strid med disse blir betraktet som reproberte – i motsetning til opsjonelle. Andre betegnelser som brukes om det samme, er absolutt ugyldighet i motsetning til relativ ugyldighet, jf Hov og Woxholth.⁴⁹ Jeg kommer i fortsettelsen til å bruke betegnelsen reprobert, fordi jeg mener dette gir en mer

⁴⁷ Denne sondringen ble også foretatt i romerretten. Selv om avtaler om spill var ugyldige, tillot man visse aleatoriske kontrakter slik som sjøforsikring, jf Zimmermann *The Law of Obligations: Roman foundations of the civilian tradition* s. 186.

⁴⁸ Woxholth *Avtalerett* 6. utgave s. 288 flg.

⁴⁹ Hov *Avtaleslutning og ugyldighet* s. 188, Woxholth *Avtalerett* 6. utgave s. 293.

presis beskrivelse av regelens innhold. Reproberte rettsforhold er tradisjonelt ansett som en undergruppe av de absolutt ugyldige avtaler.⁵⁰ I tillegg ligger det i ordet reprobert at det er snakk om avtaler som er ugyldige fordi de misbilliges, og derfor ikke anses beskyttelsesverdige.

Når det er antatt at avtaler om spillegjeld har et nært slektskap til avtaler som strider mot ærbarhet, og fordi utgyldighetsregelen om spillegjeld er laget for å ivareta også andre interesser enn partenes, vil de måtte anses som reproberte rettsforhold. Dette er også lagt til grunn i juridisk teori.⁵¹

Det er vanlig å si at rettsvirkningene av ugyldighet varierer med hva som er grunnen til ugyldigheten. Hvis avtalen for eksempel er ugyldig på grunn av svik, faller hele avtalen bort, mens der den er ugyldig på grunn av sitt innhold, for eksempel der den er i strid med preseptorisk (tvingende) lovgivning, kan man tenke seg at den kun faller bort for den delen av avtalen som er i strid med loven.⁵² For eksempel vil en kredittkortavtale mellom en bank og en forbruker som blant annet inneholder en ensidig endringsrett for banken, kunne stå seg med unntak av endringsklausulen.

For avtaler som er i strid med ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1, vil ugyldigheten bestå i at hele spilleavtalen blir ansett som ugyldig. Hele innholdet i avtalen er av en slik art at det ikke er ønskelig å gi det rettslig vern. Dette medfører at ingen av partene har mulighet til å få dom for sitt krav – verken som fastsettelsesdom eller fullbyrdsdom. Man kan også si at avtalen er uten rettskraft.

Dersom et slikt krav skulle komme for retten, trenger ikke partene å påberope seg ugyldigheten. Retten vil være forpliktet til selv å ta stilling til dette ex officio.⁵³ Det vil heller ikke være mulig for partene å inngå rettslige forlik i saken, fordi dette er en type avtale som det overhodet ikke kan inngås avtale om.⁵⁴ Fordi ugyldigheten innebærer en innsigelse mot det materielle innholdet i sakens gjenstand, vil ugyldigheten innebære en frifinnelsesgrunn, ikke en avvisningsgrunn. Ugyldigheten innebærer med andre ord et indispositivt element i

⁵⁰ Stang *Innledning til formueretten* s. 527.

⁵¹ Arnholm *Privatrett II Avtaler* s. 355, Stang *Innledning til formueretten* s. 527, Hov *Avtaleslutning og ugyldighet* s. 312, Krüger *Norsk kjøpsrett* s. 56, Tjaum *Valuta- og renteswaper* s. 222.

⁵² Hov *Avtaleslutning og ugyldighet* s. 179.

⁵³ Hov *Rettergang III* s. 263.

⁵⁴ Krüger *Norsk kjøpsrett* s. 56.

saken. I praksis kan partene likevel ha en viss rådighet over dette ved at det er de som har ansvar for å skaffe til veie bevis, jf forhandlingsprinsippet i sivile saker slik det fremkommer i tvistemålslovens § 86 første ledd.

3.3 Kan avtaler om spillegjeld ratihaberes?

Det følger av ordlyden i ikrafttredelseslovens § 12 nr.1 fjerde ledd at en ”*frivillig ydet Betaling*” ikke kan kreves tilbakebetalt. Dette sier ikke noe om ratihabisjon, men regulerer kun tilbakesøkingsadgangen. Man kan forstå bestemmelsen på flere måter.

Enten kan det bety at den frivillige betalingen ratihaberer avtalen, eller så kan man forstå det slik at selv om avtalen er ugyldig, vil man ha et tilbakesøkningskrav hjemlet direkte i loven.

Dette kan være av interesse dersom den som har noe å søke tilbake, pådrar seg forpliktelser etter at avtalen er inngått, men før tilbakesøking skjer, for eksempel ved konkurs. Dersom avtalen er ratihabert ved betaling, vil en suksessor kunne kreve det utestående tilbakeført fra spillerens motpart.

I motsatt fall, vil spilleren kunne hindre konkursboet å ta dekning i tilbakesøkningssummen ved simpelt hen å nekte å kreve tilbakesøking.

Den mest nærliggende løsningen er som nevnt å anse slike avtaler som reproberte rettsforhold, slik at de aldri kan ratihaberes. Dette støttes av en tilnærmet samstemt juridisk litteratur,⁵⁵ men også hensynene bak loven – avtaler om spill er av en slik art at de ikke er ønskelige, og følgelig kan de heller ikke bli gyldige uansett hva partene måtte mene. Aubert hevder at slike avtaler ikke er reproberte, men kun at de er nektet rettskraft. Han mener også at skyldneren senere kan ratihabere avtalen og at domstolene kun kan nekte dom etter påstand fra skyldneren.⁵⁶ Det må anses som klart at dette ikke reflekterer gjeldende rett.

Nå er det likevel klart at avtalen indirekte kan ratihaberes, ved at det utstedes gjeldsbrev for kravet, og dette igjen blir overdratt til godtroende tredjemann. For omsetningsgjeldsbrev følger det av gjeldsbrevloven⁵⁷ § 14 at rettsmangler ikke hindrer ”*rettsvinning*” når ”*mottakaren får det i hende*”. Denne bestemmelsen ekstingverer altså skyldnerens

⁵⁵ Stang *Innledning til formueretten* s. 579.

⁵⁶ Hallager *Den Norske Obligationsrets Almindelige Del* s. 47.

⁵⁷ Lov om gjeldsbrev 17. februar 1939 nr. 1.

ugyldighetsinnsigelse. For enkle gjeldsbrev gjelder det motsatte, nemlig prinsippet om at man ikke kan overføre større rett enn man har, jf gjeldsbrevloven § 25. Dette gjelder uavhengig av om mottakeren er i god tro eller ikke.

4 Avtaler mellom to eller flere spillere

Ordlyden i ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 første ledd rammer alle avtaler om ”*Spil og Væddemaal*”, uansett om partene er kjent med ugyldigheten. For ugyldighet som inntreffer uavhengig av god eller ond tro, snakker man gjerne om sterke ugyldighetsgrunner.⁵⁸ Ordlyden gjør heller ingen forskjell mellom ulovlige spill og spill som er positivt tillatt gjennom lovgivningen. Det foreligger imidlertid holdepunkter for å foreta visse presiseringer av dette.

Da loven ble laget, fantes det ingen lovlige pengespill. Det ble først lovlig å tippe i 1946,⁵⁹ og i dag reguleres de lovlige pengespillene av blant annet lov om pengespill m.v.⁶⁰ og lov om lotterier m.v.⁶¹ som også har egne regler om utbetaling av gevinstene, og som implisitt forutsetter at spillavtaler ved slike spill er gyldige. At man ved innføringen av disse lovene ikke behandlet forholdet til straffelovens ikrafttredelseslov kan gi det uheldige inntrykk av at man ikke anså bestemmelsen tilstrekkelig relevant. Det kan i denne forbindelse vises til at man for eksempel i tysk rett har inntatt en særlig bestemmelse i BGB som unntar lovlige spill fra ugyldighetsregelen.⁶²

Etter norsk rett vil man derimot stå overfor et forhold med motstrid mellom rettsregler. Kollisjonsprinsippet *lex specialis* kommer da til anvendelse, noe som må bety at pengespilloven og lotteriloven får forrang foran ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1. Dette synet støttes av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2003 s. 1210, som i avsnitt 22 uttalte at:

”Bestemmelsen i straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1 første ledd gjelder forholdet mellom den som spiller, og den han spiller med eller mot. Det følger av *lex specialis*-prinsippet at denne bestemmelsen ikke kommer til anvendelse for lovlige pengespill.”

⁵⁸ Woxholth *Avtalerett* 6. utgave s. 331.

⁵⁹ Lov om tipping 21. juni 1946 nr. 2.

⁶⁰ Lov 28. august 1992 nr. 103.

⁶¹ Lov 24. februar 1995 nr. 11.

⁶² Se Bürgerliches Gesetzbuch § 763: ”*Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Anderenfalls findet die Vorschrift des § 762 Anwendung.*”

Uttalelsen er en del av avgjørelsens ratio decidendi, og er utformet på en slik måte at den må antas å ha virkning utover den konkrete saken.

For de ulovlige pengespillene er det ingen holdepunkter for å tolke bestemmelsen innskrenkende, og den må forstås etter sin ordlyd. Dette støttes både av lovens system, hensynene bak loven og andre reelle hensyn som for eksempel at det offentlige ikke har kontroll/tilsyn med disse, at pengene går ikke til ideelle formål osv.

Mot dette kan det hevdes at all den tid lovgiver ikke har grepet inn overfor ulovlige spill, for eksempel ved å sperre tilgangen til servere som tilbyr pengespill slik man har gjort det i USA, har man implisitt godtatt at slike avtaler inngås. Denne godkjennelsen må da få virkning for tolkningen av loven. Etter mitt syn vil ikke dette være tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne en innskrenkende tolkning av regelens ordlyd.

Etter dette må det antas at man må sondre mellom de lovlige og de ulovlige spill når det gjelder gyldigheten av en avtale om spill eller veddemål.

Ugyldighetsregelen går begge veier, slik at det for de ulovlige spillene vil være umulig for en spiller å kreve spilltilbyderen/motspilleren for en eventuell gevinst.

5 Låneavtale mellom en spiller og en långiver

5.1 Regelens rekkevidde – lovlige og ulovlige spill

Det som er sagt under forrige punkt, er ikke nødvendigvis anvendbart i forhold til låneavtaler i forbindelse med spill. Man må undersøke om det foreligger holdepunkter for å si at man skal foreta en innskrenkende tolkning av ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd – låneavtaler med en tredjemann.

Bestemmelsen lyder:

”Det samme gjelder Laan eller Forskud, som nogen vidende om Øiemedet har ydet til Brug ved Spil eller Væddemaal.”

At biavtaler således omfattes av ugyldigheten, stemmer godt overens med det som ellers gjelder for de reproberte rettsforholdene. Når rettsordenen har bestemt at en avtale skal være reprobært, ønsker man å ”forhindre at den efterkommes”.⁶³ For at dette målet skal oppnås, må man derfor også erklære alle biavtalene som ugyldige, dersom disse har som oppgave å sikre oppfyllelse av avtalen.

For det første ser man at ugyldigheten her er avhengig av at långiveren er i ond tro. Regelen i annet ledd er med andre ord en svak ugyldighetsgrunn.

Ordlyden skiller heller ikke her mellom lovlige og ulovlige spill, av samme grunn som er nevnt under forrige punkt.⁶⁴ For de spillene som er ulovlige etter norsk rett, blir løsningen åpenbar – regelen finnes direkte i ordlyden. Dette støttes av at långiver i slike tilfeller etter omstendighetene kan pådra seg straffeansvar for medvirkning til å avholde ulovlig lotteri etter lotteriloven § 6 jf § 17. Spørsmålet blir derfor om man kan finne holdepunkter for å tolke bestemmelsen innskrenkende på lån som blir gitt til bruk på lovlige spill.

De unntakene som er kommet til gjennom senere pengespillovgivning, regulerer kun det strafferettslige og avtalerettslige forholdet mellom de som spiller. Det er derimot ikke foretatt nye reguleringer i forhold til eventuelle tredjemenn som yter kreditt. Dette taler mot å undergi bestemmelsen innskrenkende tolkning.

Forarbeidene gir ingen holdepunkter for innskrenkende tolkning. De bærende hensynene bak bestemmelsen var at man ikke ønsket at folk skulle sette seg i gjeld, direkte eller indirekte, som følge av pengespill. Dette er hensyn som fortsatt kan sies å ha relevans, og tale mot en innskrenkende tolkning.

Høyesteretts kjæremålsutvalg tok stilling til om man må sonde mellom lån til henholdsvis lovlige og ulovlige spill i Rt. 2003 s. 1210. Saken gjaldt spørsmålet om man kunne få arrest til sikring av et pengekrav på ca. kr. 6 millioner etter tvangsfullbyrdelsesloven⁶⁵ kapittel 14. Kravet stammet fra en kreditt gitt av en tippekommisjonær til en spiller, som ble brukt til gambling. Kjæremålsutvalget kom til at det ikke kunne tas arrest, fordi kravet var ugyldig –

⁶³ Stang *Innledning til formueretten* s. 527.

⁶⁴ Da loven ble laget fantes det ikke noen lovlige spill.

⁶⁵ Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven) 26. juni 1992 nr. 86.

det fantes intet krav å ta arrest i. Begrunnelsen for dette var at ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd også omfattet kreditt til lovlig spill.

Retten uttalte at:

”Ved pengespilloven⁶⁶] er det gjort unntak fra ugyldighetsbestemmelsen i straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1 første ledd, men det er ikke gjort unntak fra ugyldighetsbestemmelsen i § 12 nr. 1 annet ledd. Tvert i mot følger det av de forskifter som er gitt, at det ikke [e]r adgang til å la noen spille på kreditt.”

Retten underbygde dette videre ved å vise til de bærende hensyn bak bestemmelsen:

”[B]estemmelsen i straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1 annet ledd [må] også ses på bakgrunn av et ønske om å beskytte personer mot å falle for fristelsen til å spille for høyere innsats enn de har dekning for”.

Etter min vurdering må uttalelsene tillegges betydelig vekt. Selv om avgjørelsen er en kjennelse fra Kjæremålsutvalget, er den enstemmig og av nyere dato. Retten bygger på alminnelig juridisk metode, og viser både til lovens ordlyd og formålene bak bestemmelsen. I tillegg kommer at det ikke finnes andre tungtveiende prejudikater på dette området.

Det som kan tale imot å gi kjennelsen for stor rekkevidde, er at saken dreide seg om et topartsforhold, nemlig spilleren og kommisjonæren (som kontraktsmedhjelper for Norsk Tipping). Det var også snakk om en betydelig sum penger, og det faktum at Norsk Tipping ikke hadde grepet inn tidligere, slik at det hadde rukket å akkumulere seg en stor gjeld, kan tale for at retten også baserte avgjørelsen på rimelighetshensyn i den konkrete saken. I tillegg hadde saksøker, i strid med den avtale han hadde med Norsk Tipping, gitt spilleren kreditt. Det var derfor snakk om en situasjon der det var gitt en *ulovlig kreditt* til et ellers lovlig spill, og at retten derfor ikke har behandlet spørsmålet om lovlig kreditt gitt til bruk i et lovlig spill.

Mot dette igjen, kan man hevde at fordi retten så klart tok utgangspunkt i lovens ordlyd og forarbeider, og uttalelsene rundt dette synes å være av en generell art, vil avgjørelsen ha rekkevidde også utenfor denne konkrete saken og dette saksforholdet.

⁶⁶ Lov om pengespill m.v. 28. august 1992 nr. 103.

Det foreligger p.t. ingen forskrifter som forbyr tilbyderne av lovlige spill å gi kreditt, men Norsk Tipping har i sine standardavtaler med kommisjonærene satt inn en egen bestemmelse som forbyr kommisjonæren å gi kreditt, og at det er hevingsadgang dersom kommisjonæren likevel gir kreditt. Utdrag fra avtalen:

”§ 4 (1) Kommisjonæren må ikke gi rabatter, returprovisjon, tilgift eller liknende i forbindelse med spilleformidlingen.

(2) Spill skal kun skje mot kontant betaling. Dersom kommisjonæren tillater spill på kreditt, eller andre forretningsmessige, tekniske eller sikkerhetsmessige grunner tilsier det, kan NT med øyeblikkelig virkning stenge terminalen for mottak av spill.

§ 20 Heving

(1) Kontrakten kan av NT heves med øyeblikkelig virkning ved vesentlig mislighold fra kommisjonærens side. Det regnes alltid som vesentlig mislighold dersom: ...

d) Kommisjonæren opptre skjodesløst, tillater spill på kreditt, forsømmer å innbetale oppgjør i rett tid, eller på annen måte opptre i strid med denne kontrakten eller med instruks/veiledning.”

Norsk Tipping har også rutiner for å følge opp tips/mistanker om at kommisjonærer tillater spill på kreditt.⁶⁷ Dette kan tale for at de ser på slik kreditt som både samfunnsskadelig og potensielt skadelig for den enkelte spilleren, og at de anser seg bundet av ordlyden i ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd.

I tillegg fremkommer det i forarbeidene til lov om endringer i pengespill at ”[d]et er ansett som et alminnelig prinsipp for norske pengespill at deltakelse skjer mot kontant betaling, og at spill på kreditt ikke er tillatt”.⁶⁸

Heller ikke reelle hensyn taler for en innskrenkende tolkning. Snarere tvert i mot virker det fremdeles som et politisk ønske å unngå at folk setter seg i gjeld for å gamble. Faktisk kan man si at utviklingen på kredittmarkedet, med økt tilgjengelighet på kreditt, gjør at bestemmelsen i hvert fall i dag må tolkes ut fra ordlyden for å ivareta lovens formål, nemlig

⁶⁷ Samfunnsrapport 2006 fra Norsk Tipping s. 36.

⁶⁸ Ot. prp. nr. 44 Om lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen pkt. 6.4 på s. 44.

”et ønske om å beskytte personer mot å falle for fristelsen til å spille for høyere innsats enn de har dekning for”.⁶⁹

På bakgrunn av det som er sagt ovenfor, må det antas at det ikke er grunn til å innskrenke annet ledd til kun å gjelde de ulovlige pengespillene. Også kreditt til lovlige spill kan være ugyldige.

5.2 Krav til gjeldens formål

Etter ordlyden i annet ledd er det kun lån eller forskudd som er *”ydet til Brug”* ved spill eller veddemål, som er ugyldig. I dette må det ligge at gjelden ytes før spillet skjer, altså i forkant av spillingen.

Lån som ytes for å dekke allerede eksisterende spillegjeld, faller derfor utenfor ordlyden, fordi disse ikke er *”ydet til Brug”* ved spilling, men til å dekke en allerede oppstått gjeld. For de tilfeller hvor en tredjemann velger å betale spillerens allerede pådratte spillegjeld, hva enten dette gjøres av filantropiske grunner eller som følge av en refinansieringsavtale, vil spilleren altså være forpliktet til å tilbakebetale dette. Det er ikke tilfeldig at regelen er utformet på denne måten.

I det første forslaget til ny ikrafttredelseslov, inneholdt annet ledd tillegget *”eller til Betaling af Spille- eller Væddemaalsgjæld”*.⁷⁰ Denne ordlyden omfatter også lån som tas opp for å dekke allerede stiftet spillegjeld.

Under arbeidet med bestemmelsen ga et av medlemmene i straffelovkommisjonen, assessor Thoresen, uttrykk for at dette ville være en for streng regel. Han mente at lån til betaling av allerede stiftet spillegjeld måtte unntas fra ugyldighetsregelen, fordi *”[d]et er vel tænkeligt, vil vel maaske endog som Regel finde Sted, at Laan til Betaling af saadan Gjæld ydes alene for at hjælpe vedkommende uheldige Spiller under Omstændigheder, hvor Ikkebetaling kunde paaføre ham store Ubehageligheder”*.⁷¹ En ugyldighetsregel som resulterte i at en tredjemann

⁶⁹ Rt. 2003 s. 1210, avsnitt 24.

⁷⁰ Oth. prp. nr. 24 (1898-1899) *Udkast til Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttreden*, s. 9, og Indst.O. VII (1899-1900) s. 125.

⁷¹ Motiver ikrafttredelsesloven s. 46.

som ”uden Tanke om egen Fordel har ydet Hjælp, ikke skulde kunne kræve sit Udlæg tilbagebetalt”, ville etter Thoresens syn være urimelig.⁷²

Assessor Thoresens dissens ble støttet av justiskomiteen i Indst.O.I., og regelen ble endret i tråd med Thoresens syn.⁷³

Dette må bety at ugyldighetsregelen kun gjelder lån som blir tatt opp i forkant av gamblingen.

Et annet spørsmål som reiser seg er; når må lånet anses for å være ”ydet”?

5.3 Tidspunktet for kunnskap

Etter ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd må långiver ha kunnskap om spillformålet idet lånet blir ”ydet til Brug” ved spillingen. Dette betyr at kredittyteren må ha kunnskap om hva lånet skal brukes til enten før eller samtidig med at kreditten ytes. Spørsmålet blir derfor når lånet blir ”ydet”. Det er her to aktuelle tidspunkter. Enten kan dette være tidspunktet når långiver gir låntaker lånetilsagnet, og stiller kreditten til låntagers disposisjon, eller det kan være tidspunktet når låntaker faktisk benytter kreditten som han har fått tilgang til etter låneavtalen.

Avgjørende for løsningen på dette er hva som ligger i uttrykket ”ydet til Brug”.

Språklig sett er ikke uttrykket entydig, men det virker unaturlig å si at långiver har ytt lånet allerede ved lånetilsagnet, fordi det som da blir ytt, er en fullmakt til å ta opp et lån. Den mest nærliggende forståelsen av dette, rent språklig sett, er at lånet ikke blir ytt før det rent faktisk blir overført. Det er først på dette tidspunktet låntaker blir ansvarlig for lånet, og gir långiver en fordring. Det er også på dette tidspunktet renter og lignende på lånet starter å løpe. Det er før dette tidspunktet ikke naturlig å overhodet snakke om et lån, men heller et lånetilsagn.

Forarbeidene til ikrafttredelsesloven gir ingen faste holdepunkter utover de grunnleggende hensyn som går på beskyttelse av spillerne, og forebygging av spilling. Disse hensynene kan tale for å velge den løsningen som gir regelen størst rekkevidde.

⁷² Motiver ikrafttredelsesloven s. 46.

⁷³ Indst.O. I. 1901/1902 s. 54.

Dersom man legger tidspunktet for lånetilsagnet til grunn, kunne dette innsnevre regelens anvendelsesområde betydelig overfor alle typer lån som ikke blir utbetalt straks, men som innebærer en trekkfasilitet. Dette gjelder kredittkort, kassekreditt, byggelån osv. Jeg kan ikke finne holdepunkter for at man i forarbeidene ønsket å unnta slike tilfeller. Riktig nok så man for seg situasjonen med den direkte bruken av kreditten, men dette taler for så vidt i retning av at det er den enkelte transaksjon som må være avgjørende.

At lånet må være utbetalt før man kan betegne det som ”ydet” er konsekvent lagt til grunn av Bankklagenemnda når det gjelder kredittkort.⁷⁴ Selv om disse uttalelsene kun gjelder vurderingen ved bruk av kredittkort, kan det være grunn til å legge større vekt på dem og gi dem større virkeområde enn det som ellers er vanlig for nemndsuttalelser. Dette henger sammen med den øvrige rettskildesituasjonen.

At det er den enkelte transaksjon som må være avgjørende, er lagt til grunn i nyere juridisk litteratur som har tatt stilling til spørsmålet.⁷⁵

Det er også mest naturlig å knytte vurderingen opp mot tidspunktet når långiver sist har befatning med pengene. Det er på dette tidspunktet långiver vil ha mulighet til å stanse en transaksjon som han vet vil gå til spilling.

På denne bakgrunn må kunnskapskravet knyttes opp mot tidspunktet når lånet blir utbetalt fra kredittyteren.

Et annet spørsmål er hva som er innholdet i kunnskapskravet.

⁷⁴ Blant annet BKN 07029, som henviser til BKN 06039.

⁷⁵ Woxholth *Avtalerett* 6. utgave s. 332.

5.4 Kunnskapskravet

Annet ledd inneholder også et krav om at långiveren må være ”*vidende om Øiemedet*” – vitende om formålet, for at det skal kunne konstateres ugyldighet. Etter ordlyden kan dette forstås som et krav om at långiver har positiv kunnskap om at lånet ønskes brukt til pengespill. Det er altså ikke nok at långiver *burde* kjent til at låntakeren hadde til hensikt å bruke lånet til spilling. Rent etter ordlyden betyr dette at långiver må ha positiv kunnskap om de tankeprosesser som foregår inne i hjernen til låntaker for at det skal bli snakk om at kunnskapskravet skal være oppfylt. Allerede dette taler for at bestemmelsen neppe kan tolkes strengt etter sin ordlyd, med mindre man anser regelen som en bevisregel.

Da loven ble laget, tenkte man formodentlig på de tilfeller der en person, på stedet, tilbød seg å låne bort penger til en spiller. I slike situasjoner vil långiveren vite hva låneformålet er, og med en gang se hva pengene går til, i motsetning til for eksempel en bank som godtar en transaksjon til et nettsted som blant andre ting tilbyr pengespill. Her kan det hende at lånet blir brukt til pengespill, men det er også mulig at pengene blir brukt til noe annet som nettsiden tilbyr. Banken kan ikke da sies å ha 100 % positiv kunnskap om at lånet går til gambling, eller at hensikten var å bruke lånet til spilling.

Ett alternativ kan være å operere med et forsettsbegrep med samme innhold som det strafferettslige forsettsbegrepet når det gjelder kunnskapskravet. Formålet med at denne regelen skulle korrelere med tilsvarende straffebestemmelse kan tale for en slik løsning. Mot dette kommer at begge lovene, med samme forarbeider og av samme dato, faktisk har forskjellig ordlyd. Etter straffebestemmelsen er skyldkravet forsett, jf straffeloven § 40. Denne forsettsbestemmelsen får kun anvendelse på straffbare handlinger, jf ikrafttredelsesloven § 5. Det kan derfor hevdes at fordi ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 ikke inneholder noen henvisning til forsettsbegrepet, må man anta at ordlyden da også må forstås etter sitt innhold, som krav om positiv kunnskap om formålet.

Forskjellen i språkbruken kan også ha sin forklaring i at det er en vesensforskjell mellom vurderingen etter strafferegler og etter kontraktsregler. Innenfor strafferetten har man gjerningsbeskrivelser som er relativt presise. Dette følger av legalitetsprinsippet, som etter sin art stiller store krav til presisjon. Innenfor kontraktsretten vil reglene i mye større grad gi

mulighet til en konkret helhetsvurdering av innholdet. At man derfor ikke enkelt kan overføre de strafferettslige formene for forsett; sannsynlighets-, hensikts-, og eventuelt forsett, på ikrafttreddelseslovens ugyldighetsregel må være klart. Det ville derfor virke misvisende om ikrafttreddelsesloven inneholdt en slik ordlyd.

Innenfor kontraktsretten finnes det imidlertid også et forsettsbegrep, men da med et litt annet innhold enn det strafferettslige.⁷⁶ Problemet med forsettsbegrepet er at man i prinsippet må vurdere hva den enkelte må ha tenkt på det aktuelle tidspunktet. Denne bevisproblematikken har ført til at man i nyere lovgivning har definert det privatrettslige forsettsbegrepet som tilfeller der det ”ikke er noen rimelig unnskyldning for ... uvitenhet”.⁷⁷ Lovteknisk kommer det til syne i ordlyden ”*var eller måtte være kjent med*”⁷⁸, som egentlig er en bevislempelse av forsettskravet. Hensynet til konsekvens i rettssystemet taler for at dette forsettskravet må innfortolkes i ikrafttreddelsesloven § 12 nr. 1 annet ledd.

Hensynene bak loven, nemlig å motvirke at noen låner bort penger til gambling, taler for at man må kunne operere med et privatrettslig forsettskrav i stedet for et strengt og formalistisk krav om positiv kunnskap om formålet. Dette betyr at dersom långiver forsto at lånet mest sannsynlig ville bli brukt til spill, vil kunnskapskravet være oppfylt. I slike tilfeller vil det ikke foreligge gode grunner for at långiver bør bli beskyttet. Man gir da en kreditt med viten om at denne sannsynligvis vil være ugyldig, og umulig å inndrive. En slik forståelse av kunnskapskravet vil også bidra til at regelen vil fungere etter sin hensikt. Dersom for eksempel en låntaker tar opp et forbrukslån i en bank, og hele tiden gir klart uttrykk for at han ønsker å bruke pengene til et pokerspill i neste uke, må lånet kunne rammes av ugyldighetsregelen, selv om det ikke foreligger 100 % sannsynlighet for at låntaker faktisk vil bruke pengene slik.

Dette må likevel forutsette at lånet da faktisk *blir* brukt til spilling. Brukes pengene til noe annet er ikke beskyttelseshensynet i forhold til spillavtaler relevant.

Hva da med situasjoner der långiver kan ha interesse av å sørge for ikke å få tilstrekkelig kunnskap? For eksempel dersom det er teknisk mulig å få informasjon om en transaksjon før

⁷⁶ Hagstrøm *Obligasjonsrett* s. 462 flg.

⁷⁷ Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 59.

⁷⁸ For eksempel Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27 § 17 (2) litra b.

transaksjonen blir godkjent. Dersom långiver unnlater å sørge for at hans tekniske systemer blir stilt inn på en slik måte at informasjonen tilflyter ham, kan han ikke sies å ha positiv kunnskap om transaksjonen. Legges denne forståelsen til grunn, kan han enkelt omgå hele annet ledd i ikrafttredelsesloven. Motsatt kan man hevde at når han ikke sørger for å tilegne seg denne informasjonen – og han samtidig vet at noen av transaksjonene vil være til gambling – har han akseptert at den enkelte transaksjon går til gambling selv om det ikke er sannsynlighetsovervekt for dette. En slik godkjennelse av en usannsynlig følge ville falt inn under det strafferettslige forsettsbegrepet *dolus eventualis*, og de lege ferenda taler hensynene bak bestemmelsen for at det også må falle inn under forsettskravet i ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd. De lege lata må nok denne løsningen likevel antas å være meget usikker.

Det kan virke som om Bankklagenemnda har lagt et forsettskrav til grunn for innholdet i kunnskapskravet. Nemnda bruker konsekvent formuleringen ”lån opptatt til bruk ved spill, skal rammes dersom långiver forsettlig har medvirket”.⁷⁹ Selv om det er dissens i tre av avgjørelsene, foreligger det enighet rundt denne formuleringen.

Samme uttrykk brukes også i nyere juridisk teori som har berørt spørsmålet.⁸⁰

Det foreligger ingen uttrykkelig definisjon på hva *forsett* her betyr, men det må antas at dette er i tråd med hva som ellers er vanlig innenfor privatretten, nemlig at man ”*var eller måtte være kjent med*” forholdet.

I sum taler dette for at man må kunne legge et slikt forsettsbegrep til grunn for kunnskapskravet.

5.5 Særlig om bruk av kredittkort.

5.5.1 Vurderingen etter straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr. 1

Betalingskort, både i form av debetkort og kredittkort, har gjort betaling – og dermed spilling – veldig enkelt. I dette ligger imidlertid også faren for at man bruker mer penger enn man har råd til.

⁷⁹ BKN 06039, BKN 06107, BKN 06108, BKN 06111, BKN 06112 og BKN 07029.

⁸⁰ Woxholth *Avtalerett* 6. utgave s. 332.

Lovgiverne i 1902 så åpenbart ikke for seg den teknologiske utviklingen på dette området, og hadde følgelig ikke dagens betalingsløsninger i tankene. Man var opptatt av at folk ikke skulle kunne spille seg fra gård og grunn rundt et pokerbord. Spørsmålet blir derfor om dagens betalingssystemer må medføre at loven må tolkes innskrenkende, eller om lovgrunnene fra 1890-tallet taler for at lovens system er passende for dagens situasjon.

5.5.1.1 Faller bruk av kredittkort inn under ikrafttredelsesloven?

Spørsmålet her er om det foreligger holdepunkter for å unnta kredittkortgjeld fra bestemmelsen i ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd.

Ordlyden i bestemmelsen gjør intet unntak, noe som taler imot å unnta kredittkortgjeld.

Dersom man hadde ønsket å unnta bruk av kredittkort fra bestemmelsen i ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1, hadde det vært naturlig å behandle dette særskilt i senere lovgivning. Dette fordi et unntak i praksis ville utgjort en vesentlig uthuling av bestemmelsen.

Rt. 2003 s. 1210 kan tolkes i retning av at kredittkortgjeld omfattes fordi Høyesteretts kjæremålsutvalg omtaler Visakort, som er en type kredittkort.⁸¹ Det kan settes spørsmålstegn ved om retten har ment å omtale kredittkort når de nevner Visakort, fordi slike kort ofte vil være knyttet til en bankkonto med positiv saldo. Det er likevel på det rene at Visakort også kan være rene kredittkort uten tilknytning til en slik konto. Retten synes imidlertid å mene at det ikke er mulig å vite hva kreditten er brukt til. Dette var muligens situasjonen i 2003, men med dagens teknologi er det utvilsomt mulig å finne ut hvordan kredittkortet blir brukt på internett. Jeg viser her til fremstillingens punkt 5.5.1.3 nedenfor, som omtaler systemet med brukerstedskoder (MCC koder) som identifiserer brukerstedets virksomhet, slik at man får informasjon om at det aktuelle brukerstedet tilbyr gambling.

Kjæremålsutvalgets uttalelse kommer som et obiter dictum, som ikke var avgjørende for sakens utfall, og etter tradisjonell metodelære vil slike uttalelser ha beskjedne prejudikatsvirkning.⁸² Selv om tendensen går i retning av å tillegge obiteruttalelser større vekt, er det etter min mening ikke her svaret må finnes. Poenget må heller være at de fakta som Kjæremålsutvalget legger til grunn for sin uttalelse, ikke lenger kan sies å være riktige.

⁸¹ Rt. 2003 s. 1210 avsnitt 26.

⁸² Eckhoff *Rettskildelære* s. 164 flg.

Man må derfor, om man tolker rettens uttalelser på en slik måte, legge mindre vekt på utvalgets uttalelser om dette fordi de bygger på uriktig faktum. Man står da igjen med utvalgets ratiouttalelse når det gjelder ugyldigheten av spillegjeld, og jeg finner det derfor naturlig å ta kjennelsen til inntekt for at også kreditt gjennom kredittkort rammes av ikrafttredelsesloven.

Et annet spørsmål er om denne løsningen vil være god eller dårlig ut fra de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Bankene har, som den kjærende part i den ovennevnte saken, hevdet at dersom kredittkort blir omfattet av ugyldighetsregelen, vil dette *”umuliggjøre bruk av betalingsmidler som bankkort og Visa-kort”* til bruk ved gambling.

Slik jeg forstår dette, ligger det et premiss om at det ikke er mulig å bare hindre spill fra kredittkort, men at også debetkort blir rammet.

Dersom man legger dette premisset til grunn, betyr det at bankene mister en ikke uvesentlig del av markedet for betalingskort. Det vil også medføre at man gjør et inngrep i folks handlefrihet.

Mot dette kan det anføres at det i norsk lovgivning ellers, spesielt i forbrukerlovgivningen, ofte tas bevisste grep fra lovgivers side for å begrense markeder og regulere folks handlefrihet ut fra sosiale hensyn og markedsreguleringshensyn. Forbrukerkjøpsloven⁸³, angrerettloven⁸⁴ og forbudet mot pengespill er alle eksempler på dette, og er i de fleste sammenhenger ansett som gode reguleringer. Ut fra lovens formål, nemlig å hindre at folk spiller for mer enn de kan betale, vil nettopp en slik regulering være riktig.

Som argument mot dette kommer at når lovgiver ikke har forbudt all form for spilling med egne penger, må den enkelte ha lov til å bruke de betalingsmidler som er tilgjengelige for å betale for egen gambling.

Etter mitt syn vil likevel hensynene bak ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 veie tyngst.

⁸³ Lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr. 34.

⁸⁴ Lov om opplysningsplikt og angrerett m.v. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted 21. desember 2000 nr. 105.

Dersom man derimot *ikke* aksepterer dette premisset, vil løsningen bli enda klarere. Når man nå er i stand til å identifisere at det er et kredittkort som ønskes brukt, og i tillegg har muligheten til å sperre dette for bruk på brukersteder som tilbyr gambling, synes det klart at ikrafttredelseslovens regel må få fullt gjennomslag. Dette betyr at man både ivaretar lovens formål om å unngå at folk setter seg i spillegjeld, og at man tillater at spilleren bruker sine egne oppsparte penger på debetkort til å spille. Bankene sitter da igjen med en del av markedet for betalingskort.

Etter mitt syn må den siste tilnærmedelsesmåten være den riktige.

Et annet argument for å holde kredittkort utenfor regelen, er at spilleren lett kan omgå regelen ved å overføre penger fra kredittkortet til debetkortet. Etter mitt syn er ikke dette tilstrekkelig til å innfortolke unntak i lovens ordlyd. At enkelte vil søke å omgå lovgivning er ikke ukjent, og om dette skulle være et argument mot å fastlegge innholdet i en rettsregel, måtte man revidert store deler av lovgivningen. Dessuten vil en slik overføring innebære, i alle fall i en viss grad, en bevisst vurdering fra spilleren, som da får tid til å tenke seg om før han satser alt. Et ytterligere poeng, er at en overføring fra spillerens kredittkort til eget debetkort høyst sannsynlig gjør at banken ikke lenger har den tilstrekkelige kunnskap om formålet med kreditten, slik at vilkåret i ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd ”*vidende om Øiemedet*” ikke er oppfylt. Dette innebærer at omgåelsesargumentet ikke kan tillegges særlig vekt.

Kredittkort utgjør bare en enklere måte å gjøre bruk av lånet på. Dette trekker vel egentlig i retning av at slik kreditt *i hvert fall* er omfattet av regelen i annet ledd. Enklere bruk av kreditt gjør det lettere å komme i spillegjeld, med de sosiale problemene som er knyttet til dette. Rentene som påløper i kredittkortforhold, er som regel høye, noe som kan gjøre problemene for den som kommer i spillegjeld enda større.

Det viser seg at mange som spiller regelmessig, er patologisk spilleavhengig.⁸⁵ Dette er en tilstand som setter personen midlertidig ute av stand til å ta riktige beslutninger, og enkel tilgang på kreditt kan lett føre til at gjelden vokser uten kontroll.

⁸⁵ Sirius rapport nr. 2 for 2003 *Pengespill og pengespillproblemer i Norge*.

Man vet at svært mye spilling foregår på internett, og da betales det typisk med kort. Når man samtidig vet at internett aldri stenger, innebærer det at man alltid har et gamblingmarked som er åpent. I tillegg vil man, når man sitter og spiller på nettet, ikke være underlagt den samme sosiale kontroll som man ellers blir møtt med. Dette vil gjøre det mye lettere å bli spillelegal, og muligheten for å tape store penger er i større grad tilstede.⁸⁶

Forskning viser også at når man spiller med pengesubstitutter i stedet for rene penger ”over bordet”, bidrar dette til å gjøre spilleren fraværende i forhold til at det er reelle penger som brukes. Både sjetonger som brukes i kasinoer, og kredittkort ved spilling på internett er eksempler som brukes i denne forbindelse.⁸⁷

Som tidligere nevnt, har Bankklagenemnda konsekvent lagt til grunn at bruk av kredittkort faller inn under bestemmelsen i ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 annet ledd.

På bakgrunn av dette kan jeg ikke se at det foreligger tilstrekkelige holdepunkter for å unnta bruk av kredittkort fra bestemmelsen i ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd.

5.5.1.2 Ytes lånet ved kredittkortavtalen eller ved den enkelte transaksjon?

Som allerede nevnt er tidspunktet for kunnskap viktig når man skal vurdere om låneavtalen mellom spilleren og hans kredittyter er ugyldig etter ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd. For kredittkort er de to mulige tidspunktene enten når kredittkortholderen får tilgang på kreditten som ligger i kortet, typisk når han får kortet i hende, eller så er det tidspunktet for hver transaksjon som utføres med kortet.

Det er imidlertid svært viktig å skille mellom de ulike avtaleforholdene som foreligger ved kredittkortkjøp. Ved bruk av kredittkort har man et tredelt avtaleforhold. For det første har man avtalen mellom kredittkortholderen og kredittyteren, for det andre avtaleforholdet mellom kredittkortholderen og brukerstedet, og for det tredje avtaleforholdet mellom kredittyteren og brukerstedet. Det relevante avtaleforholdet når det gjelder lån som vurderes etter ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd, er avtaleforholdet mellom kredittkortholderen og kredittyteren.

⁸⁶ Forslag til handlingsplan for forebygging av spilleavhengighet og reduksjon av skadevirkninger fra overdrevent pengespill, s. 19.

⁸⁷ Op. cit. s. 26.

Det er vanlig å omtale betaling fra kredittkortholder til selger (brukersted) som kontant betaling. Dette er naturlig fordi selgeren ikke yter noen form for kreditt, og betalerens finansiering er derfor selgeren uvedkommende.

Noe annet vil det være å snakke om kreditt ytt av tredjeperson for betaling til et brukersted, for eksempel et spillsted. Ved bruk av kredittkort gis det en kreditt fra kortutsteder (finansieringsinstitusjon) til kortholder, som skal tilbakebetales i henhold til kredittkortavtalen. Vanligvis er avtalene utformet slik at det gis en rentefri kreditt i 30 dager, og tilbakebetaling vil enten kunne gjøres en bloc eller med flere avdrag. I tillegg til dette bygger hele systemet bak kredittkjøpsloven⁸⁸ på at bruk av kredittkort er å anse som noe annet enn kontant betaling når det gjelder forholdet mellom kortbrukeren og kredittyteren.

Bankene mener at det aktuelle tidspunktet er når kreditten stilles til kredittkortholderens disposisjon, fordi den nye teknologien og bruken av kort i stedet for kontanter må bety at man anser betaling med kredittkort som kontant betaling.

Verken ordlyden i ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 eller forarbeidene gir noe svar på dette. Dette henger selvfølgelig sammen med at kredittkort var ukjent da loven ble laget.

Hensynene bak bestemmelsen i ikrafttredelsesloven taler som nevnt med styrke *i mot* å knytte kunnskapskravet opp mot tidspunktet når kreditten stilles til spillerens disposisjon, for så å anse hver transaksjon som kontant betaling i forholdet mellom kredittkortholder og kredittyter. Dersom man skulle legge en slik forståelse til grunn, ville annet ledd i praksis bli innholdsløs. Dette ville være i strid med lovgivers ønske om å hindre at det ble ytt kreditt til spilling, og ønsket om å hindre folk i å spille for mer enn de har dekning for. Det er rimelig å anta at en slik innsnevring av regelens rekkevidde ville blitt uttalt mye tydeligere dersom dette hadde vært lovgivers vilje.

Det er tvert i mot signaler på at lovgiver synes disse hensynene også gjør seg gjeldende nå. Kultur- og kirkedepartementet har startet et arbeid for å forby ”banker og kredittkortselskap å utføre betalinger til spillsteder på nettet”.⁸⁹ Departementet sendte den 13.11.2007 ut et høringsnotat hvor forslaget går ut på

⁸⁸ Lov om kredittkjøp m.m. 21. juni 1985 nr. 82.

⁸⁹ Dagsavisen 03.10.2006 s. 8.

at betalingsformidling for pengespill uten norsk tillatelse vil kunne regnes som medvirkning til overtredelse av spillovgivningen.⁹⁰ Høringsfristen er den 13.02.2008.

Som nevnt under fremstillingens punkt 5.3, har Bankklagenemnda lagt til grunn at lånet må være utbetalt før man kan betegne det som ”ydet”, og det er derfor den enkelte transaksjon som er det avgjørende tidspunkt for kunnskapsvurderingen. Nemnda legger til grunn at en ”innvilgelse av kreditt innebærer bare en mulighet for å stifte gjeld ved å trekke på kreditten. Det er først når trekk foretas at det oppstår forpliktelse, altså et ”Laan” i lovens forstand”.⁹¹ Her har det imidlertid tidvis vært dissens.

Representantene fra banknæringen har i tre av avgjørelsene lagt til grunn at tidspunktet for kredittytelsen senest må være ”det tidspunkt da beløpet stilles til kundens frie rådighet” og at dette for en rammekreditt er når ”kreditten er åpnet for belastning”.⁹² Som støtte for dette anføres det at Høyesteretts kjæremålsutvalg har lagt dette til grunn i den tidligere omtalte kjennelsen.⁹³

Jeg er ikke enig i mindretallets tolkning av den nevnte kjennelsen. Slik jeg forstår kjæremålsutvalget, tar de kun stilling til kunnskapskravet der man har penger tilgjengelig på bankkort eller Visakort.

For å sitere Kjæremålsutvalget:

”Den kjærende part har fremholdt at ... det [vil] kunne skape problemer med å gjøre opp spilleinnsats med bankkort eller Visa-kort, da disponible beløp på konti ... kan være oppnådd ved kreditt.”⁹⁴ [Mine understrekninger.]

Slik dette kan forstås, er premisset at man snakker om innholdet i kunnskapskravet. Det sies ikke noe om at det ikke er den enkelte transaksjonen som er avgjørende, tvert i mot synes det forutsatt at kunnskapsvurderingen må knyttes opp mot den enkelte transaksjon.

⁹⁰ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/kkd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2007/Horing--forslag-til-forbud-mot-medvirkni/-2/Horingsnotat.html?id=489307>

⁹¹ Blant annet BKN 07029 som henviser til BKN 06039.

⁹² BKN 06107, BKN 06111 og BKN 112.

⁹³ Rt. 2003 s. 1210.

⁹⁴ Rt. 2003 s. 1210 avsnitt 26.

Som ytterligere begrunnelse for at det er tidspunktet for lånetilsagnet som er avgjørende, har mindretallet vist til uttalelser i forarbeidene til andre lover. Da det ble gjort endringer i pengespill- og lotterilovgivningen, ble det lagt til grunn at betaling med kredittkort må anses som kontant betaling. Kultur- og kirkedepartementet uttalte her at:

”Etter departementets vurdering vil det ut fra dagens språkbruk være naturlig å si at oppgjør skjer ved kontant betaling i forhold til alle disse betalingsformer.”⁹⁵ [Både betaling med minibankkort med bankkreditt, betalingskort med kredittkortavtale, og elektronisk lommebok tilknyttet smartkort, mobiltelefon eller lignende – min anmerkning.]

Stortinget hadde ingen merknader til denne uttalelsen ved sin behandling av saken.⁹⁶

Det er imidlertid usikkert om disse uttalelsene kan ha noen relevans i forhold til vurderingen av tidspunktet for når lånet skal anses som ”ydet” etter ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd. Etter mitt syn gjelder ikke disse forarbeidsuttalelsene forholdet mellom spiller og spillerens långiver. Uttalelsene henger for det første sammen med departementets vurdering av lovligheten av spillegjeld, med andre ord den strafferettslige delen av pengespill. For det andre er det forholdet mellom de to spillerne som vurderes. At det er forholdet mellom de som spiller som er vurdert, støttes av departementets uttalelser i samme forarbeider, idet de litt senere uttaler at:⁹⁷

”Når spilleren skal delta i Norsk Tippings spill må han overføre penger fra bankkontoen, MasterCard-kontoen eller fra den elektroniske lommeboken til spillekontoen. Dette innebærer at Norsk Tipping alltid får elektronisk bekreftelse på at spilleren har dekning for de beløp han spiller for, m.a.o. skjer spillet alltid mot kontant betaling. Norsk Tipping gir således ikke kreditt.” [Min understrekning.]

Tredjemanns låneytelse til en av partene er således ikke omtalt.

Bankklagenemndas mindretall har i de tre nevnte avgjørelsene⁹⁸ også vist til uttalelser som kom fra Sosialdepartementet i forbindelse med fjerningen av forbudet mot salg og skjenking

⁹⁵ Ot. prp. nr. 44 (2002-2003) pkt. 6.4 s. 44.

⁹⁶ Innst.O. nr.124 (2002-2003).

⁹⁷ Ot. prp. nr. 44 (2002-2003) pkt. 6.4 s. 45.

⁹⁸ BKN 06107, BKN 06111 og BKN 06112.

av alkohol på kreditt etter alkoholloven § 9.⁹⁹ Hovedargumentet for opphevelse var da at ”dagens utvikling av forskjellige former for person-, kontant- og kredittkort” gjorde forbudet ”vanskelig å håndheve”.¹⁰⁰ Dette fordi det ”[i] praksis synes ... å være en glidende overgang, dels et definisjonsspørsmål, om hva som må sies å være gitt med henstand.”¹⁰¹ Etter mitt syn er ikke disse uttalelsene særlig aktuelle for vurderingen etter ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd, dels fordi de ikke klart tar stilling til hva som må anses for å være kontant betaling, men også fordi de ikke gjelder tolkningen av ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1. Det uttalelsene faktisk sier, er at det er ”vanskelig å håndheve” forbudet mot kjøp av brennevin på kreditt. På grunn av at dette var vanskelig, foreslo man bestemmelsen opphevet. Dette kan etter min mening tolkes stikk motsatt av den tolkning Bankklagenemndas mindretall har lagt til grunn. Etter min mening må dette forstås slik at Sosialdepartementet antok at den enkelte kredittkortbetaling falt inn under ordlyden alkohollovens § 9 om kjøp på kreditt, men at det var vanskelig å håndheve forbudet og at man *derfor* måtte oppheve denne bestemmelsen.

Etter mitt syn har mindretallet misforstått uttalelsene i de nevnte forarbeidene, og jeg finner det derfor vanskelig å legge vekt på mindretallets vurderinger av skjæringstidspunktet for kunnskapsvurderingen.

Et annet forhold som kan gi uttalelsene til Bankklagenemndens mindretall lavere vekt, er at de ikke synes å være konsekvente. Jeg viser til at det samme spørsmålet var oppe i tre andre avgjørelser, den siste fra 2007, uten at representantene fra banknæringen hadde noen innvendinger mot dette.¹⁰²

På bakgrunn av dette må det konkluderes med at bruk av kredittkort må anses som lån og ikke kontant betaling i forhold til ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd slik at kunnskapskravet knyttes opp mot tidspunktet for den enkelte transaksjonen.

⁹⁹ Bestemmelsen er opphevet.

¹⁰⁰ Ot. prp. nr. 31 (1988-89) s. 31.

¹⁰¹ L.c.

¹⁰² BKN 06039, BKN 06108 og BKN 07029.

5.5.1.3 Kunnskapskravet

Når man så legger til grunn at det er den enkelte transaksjon som er relevant for tidspunktet for kunnskapsvurderingen, blir det neste spørsmålet hva som må anses som tilstrekkelig kunnskap til at transaksjonen rammes av ugyldighetsregelen i ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd.

Når kredittkort brukes på nettet, ved at man taster inn kortnummer og sikkerhetskode, skjer det en autorisasjonsforespørsel fra brukerstedet til innløser ”acquirer”, som deretter ruter forespørselen videre til banken. Dette for å kontrollere at det er et gyldig kredittkort som ønskes brukt. I tilknytning til denne forespørselen mottar banken brukerstedskoden fra det aktuelle brukerstedet. Denne firesifrede brukerstedskoden, ”Merchant Category Code” (MCC), identifiserer hva slags virksomhet brukerstedet har opplyst at de driver med. Brukersteder som tilbyr pengespill har sin egen kode, 7995. Dette garanterer ikke at brukerstedet kun tilbyr pengespill, men koden indikerer at pengespill utgjør det vesentlige av virksomheten.¹⁰³ Det er teknisk mulig å sperre for bruk av betalingskort på nettsteder som har denne koden. Dette skjer ved at man legger inn en automatisk sperre som gjør at transaksjoner foretatt med kort nektes autorisert når forespørselen kommer fra et brukersted med denne koden. Det er lagt til grunn i Bankklagenemnda at flere institusjoner i bransjen allerede har lagt inn slike sperrer.¹⁰⁴ Sparebanken Vest innførte slike rutiner i 2006.¹⁰⁵

Alle sakene som har blitt behandlet av Bankklagenemnda har hatt som utgangspunkt at banken, når de mottar brukerstedskoden, har tilstrekkelig kunnskap til at transaksjonen faller inn under ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd. Det er enighet om at informasjon som oppfanges elektronisk vil kunne likestilles med kunnskap hos rette vedkommende i banken.

Nemndas mindretall reserverer seg imidlertid for situasjoner der det ikke er etablert en utbetalingskontroll hos banken.¹⁰⁶ Slik jeg forstår mindretallet, skal dette gjelde uansett om det er mulig å etablere slik kontroll. Jeg kan ikke se at en slik løsning kan være riktig. Når man på den ene siden sier at kunnskapskravet er oppfylt dersom man mottar brukerstedskoden og det er etablert en utbetalingskontroll, gir det etter mitt syn liten mening å på den andre siden si at kunnskapskravet ikke er oppfylt når man mottar samme kode men ikke har etablert

¹⁰³ Hagstrøm Nytt i privatretten nr. 2, 2006, s. 18 flg.

¹⁰⁴ BKN 07029.

¹⁰⁵ Aftenposten 25.09.2007 s. 4.

¹⁰⁶ BKN 06112.

slik kontroll. Kunnskapskravet må etter min mening knyttes opp mot den informasjonen man mottar gjennom brukersteds-koden, uansett hvilke tekniske kontrollmekanismer man har for å stoppe slik betaling.

Mindretallet fremholder også at kunnskapskravet kun er oppfylt der det foreligger positiv kunnskap om at kreditten brukes til pengespill. Som nevnt ovenfor, kan jeg ikke støtte et slikt syn. Brukersteds-koden er ingen garanti for at kreditten brukes til pengespill, kun en sterk indikasjon på dette. Når man mottar denne koden vil det derfor være en sterk sannsynlighet for at kreditten går til pengespill, noe som må være tilstrekkelig for å oppfylle kunnskapskravet etter en forsettsbetragtning.

Skulle man legge mindretallets vurdering til grunn når det gjelder kunnskapskravet, ville man, som nevnt under fremstillingens punkt 5.4, åpne for at bankene bevisst sørget for å ikke etablere utbetalingskontroll. På denne måten ville man kunne omgå hele bestemmelsen i ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd. At en slik løsning er uholdbar i forhold til lovens motiver synes åpenbar.

På bakgrunn av dette kommer jeg til at kunnskapskravet er oppfylt der banken mottar brukersteds-koder som identifiserer brukerstedet som et spillsted.

5.5.2 Vurderingen etter kredittkjøpsloven § 8

For spilleren kan det være av interesse å se på om reglene i kredittkjøpsloven gir ham større vern enn dersom han bygger sitt krav på ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd. Dette vil være tilfellet dersom vilkårene for å gjøre gjeldende ugyldighetsinnsigelser overfor kredittysteren er færre enn etter ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd.

Kredittkjøpsloven gjelder i utgangspunktet kjøp av løsøre på kreditt, jf kredittkjøpsloven § 1 første ledd. Etter kredittkjøpsloven § 27a første ledd får imidlertid enkelte av lovens bestemmelser om forbrukerkredittkjøp tilsvarende anvendelse på forbrukertjenester på kreditt. Forbrukertjenester på kreditt er legaldefinert i lovens § 3 første ledd nr. 4, og det må antas at spill på internett ved bruk av kredittkort omfattes av bestemmelsen.

Etter kredittkjøpsloven § 8 jf § 27a første ledd litra f kan forbrukeren ”gjøre gjeldende de samme innsigelser og pengekrav” mot kredittysteren som han kunne gjort gjeldende overfor selgeren eller tjenesteyteren. Går for eksempel selgeren konkurs før kjøperen har fått varen, kan kjøperen kreve hele beløpet tilbakebetalt fra kredittysteren i stedet for bli avspist med en dividende i selgerens bo. Regelen er ufravikelig, jf kredittkjøpsloven § 2.

Kredittysteren har dermed risikoen for at avtalen mellom forbrukeren og tjenesteyteren er gyldig.

Bakgrunnen er at lovgiver har ment at kredittysterne er nærmere enn forbrukeren til å bære risikoen dersom en selger ikke oppfyller kontraktsmessig. Dette fordi kredittysterne gjerne har lengre løpende kontrakter med selgerne, mens forbrukeren kun i enkelttilfeller har kontakt med selgeren.¹⁰⁷ Kredittysteren har større mulighet for å kontrollere selgerens/tjenesteyterens virksomhet. Risikoen er således bevisst plassert av lovgiver. Dette gjelder også kredittkort, og enkelte kredittinstitusjoner bruker dette som markedsføring av sine kredittkorttjenester.¹⁰⁸

Etter ordlyden ”innsigelser og pengekrav” må ugyldighetsinnsigelser falle inn under bestemmelsen, og i forlengelsen av dette omfattes krav om tilbakebetaling av penger som er

¹⁰⁷ Ot. prp. nr. 34 (1980-81), s. 62.

¹⁰⁸ For eksempel GM Money Bank, se http://www.gemoneybank.no/templates/Page_774.aspx

innbetalt i henhold til en ugyldig avtale. Som nevnt ovenfor, har man for de reproberte rettsforholdene som utgangspunkt ikke noe tilbakesøkningskrav på grunn av ugyldigheten. Etter ikrafttredelsesloven har man derimot en lovfestet tilbakesøkningsadgang etter fjerde ledd. Et slikt krav faller klart inn under ordlyden ”*pengekrav*”. Dette betyr at dersom kortholderen kan rette kravet mot spilltilbyderen, kan han rette samme krav mot kredittyteren.

Dette kan være problematisk ved internettpilling. Her er den typiske situasjonen at man betaler med kredittkort til et spillsted som er lokalisert med en server i utlandet. Problemet vil da være om avtalen mellom spilleren og den utenlandske spilltilbyderen er ugyldig etter den norske regelen i ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 første ledd, forutsatt at det aktuelle landet ikke har en tilsvarende ugyldighetsregel. Dette reiser spørsmål om jurisdiksjon og lovvalgsregler. En utfyllende gjennomgang av dette temaet ville sprengte rammene for fremstillingen, men jeg vil behandle noen hovedpunkter.

Det foreligger ingen generelle lovvalgsregler i avtalerettslige forhold i norsk rett, men etter ulovfestet rett har det upenslet seg et prinsipp omtalt som Irma-Mignon formelen. Navnet kommer fra saken i Rt.1923 II s. 58, som gjaldt lovvalgsspørsmålet i en erstatningssak etter en skipskollisjon mellom skipene Irma og Mignon. Retten kom til at det for lovvalgsspørsmålet er ”naturlig at ta utgangspunkt i den betragtning, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme”.¹⁰⁹

I den såkalte Tampax dommen i Rt. 1980 243, slo Høyesterett fast at Irma-Mignon formelen er den alminnelige regel også innenfor kontrakt.¹¹⁰

I en situasjon der en norsk spilltilbyder tilbyr pengespill på internett, med norsk tekst og der innskudd og gevinster angis i kroner, men der serveren står i utlandet, vil man etter en helhetsvurdering trolig komme til at saken har nærmest tilknytning til Norge. Norsk rett skal da anvendes. Dersom tilbyderen er utenlandsk, serveren står i utlandet, og innskudd og gevinster oppgis i utenlands valuta, kan det derimot tenkes at man kommer til et motsatt resultat, selv om nettsidene inneholder norsk språk og således er rettet mot det norske markedet.

Selv om utenlandsk rett skal brukes, kan det likvel være at ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 får anvendelse. Lovvalget må ”forstås med den reservasjon at hvis anvendelsen av den fremmede rett fører til et resultat som ville stride for sterkt mot vår rettsoppfatning, så må den vike”.¹¹¹ Man kan se av beskrivelsen at dette er en snever unntaksregel. Prinsippet er kjent som regelen om *l'ordre public*, og utgjør en dynamisk rettslig standard. Det er antatt at regelen i ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 representerer en regel som i følge *l'ordre public* (samfunnsordenen) ikke kan settes til side på grunn av en motstridende utenlandsk rettsregel.¹¹² Dette er også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1927 s. 663. Saken gjaldt terminspill på børsen i København, og Høyesterett

¹⁰⁹ Rt. 1923 II s. 58, på s. 60.

¹¹⁰ Rt. 1980 s. 243, på s. 249.

¹¹¹ Knoph *Oversikt over Norges rett* s. 788.

¹¹² Op. cit. s. 789.

stadfestet skifterettens kjennelse, der det var uttalt at "[d]en omstendighet, at en slik fordring paa den tid muligens var tillatt i Danmark, kan ingen betydning faa, naar kravet søkes indtalt i Norge".¹¹³

I Frønsdaldommen i Rt. 1927 s. 794 gjaldt saken kjøp og salg av sukker og kaffe på terminbørsen i New York. Aksjespekulanten, et norsk firma, ble kjent ubundet av gjelden som hadde oppstått i denne forbindelse, fordi retten anså handelen for å være ulovlig terminspill. Om lovvalgsspørsmålet uttalte førstvoterende at "da kan jeg ikke være i tvil om at det er norsk lovgivning som maa finde anvendelse ved avgjørelsen. At ville bringe utenlandsk lov og ikke norsk lov i anvendelse paa tilfældet vilde, saavidt jeg forstaar, være det samme som at berøve bestemmelsen i ikrafttrædelseslovens § 12 om terminspill det væsentlige av dens betydning".¹¹⁴ Selv om det var dissens 6-1, var retten enige når det gjaldt lovvalgsspørsmålet. Uttalelsen er av prinsipiell art, noe som taler for at den har relevans utover den konkrete saken. Selv om saken gjaldt ikrafttrædelseslovens § 12 nr. 1 tredje ledd, må det være åpenbart at det samme må gjelde for første og annet ledd, da tredje ledd viser til disse.

At Høyesterett kom til disse konklusjonene er i og for seg ikke veldig overraskende selv om ordre publicregelen er en snever unntaksregel. Ugyldighetsregelen i ikrafttrædelsesloven § 12 nr. 1 bygger nettopp på at moralske hensyn – man ønsker å motvirke avtaler som strider mot samfunnsmoralen osv. – og som derfor anser spillavtaler som reproberte rettsforhold.

Dersom man kommer til at regelen utgjør ordre public, er det ikke sikkert at man i dag ville kommet til samme resultat som i 1927. I og med at l'ordre public regelen er en rettslig standard, kan innholdet endres over tid i tråd med oppfatninger av hva som strider mot grunnleggende etiske og samfunnsmessige hensyn. Når lovgiver har tillatt en rekke pengespill, kan det argumenteres for at utenlandsk rett som gjør gamblingavtaler gyldige, ikke lengre strider så sterkt mot vår rettsoppfatning at l'ordre public regelen kan anvendes. Mot dette kan det anføres at selv om lovgiver har legalisert enkelte typer spill, må ikke alle typer spill nødvendigvis anerkjennes. Tvert i mot kan man argumentere for at da har lovgiver tatt stilling til hvilke spill som er ønskelig i samfunnet. De legale spillene i Norge er, som tidligere nevnt, undergitt strenge krav til kontroll og samfunnstjenelig omfordeling av overskuddet. I tillegg kan det anføres at lovgiver ikke har endret ugyldighetsregelen når det gjelder kreditt til bruk ved spilling, og at dette må tale for at misbilligelsen overfor slike avtaler er like sterk nå som tidligere.

Det er hevdet at Høyesterett i den sistnevnte avgjørelsen ikke anså ikrafttrædelsesloven § 12 nr. 1 som utslag av ordre public. Etter dommen "var det derimot lovbestemmelsens innhold i seg selv, som begrunnet det eksterriale virkeområde (altså ikke motviljen mot de utenlandske regler), og Høyesteretts oppfatning av bestemmelsens innhold må i utgangspunktet være relevant så lenge den gjelder".¹¹⁵

Tjaum fremholder mot dette at "Høyesterett ville gi gjennomslag for de oppfatninger strl. ikr. § 12 bygde på. Man finner da også avgjørelsen nevnt som et eksempel på såkalt "positiv ordre public".¹¹⁶ Gaarder/Lundgaard

¹¹³ Rt. 1927 s. 663, på s. 665.

¹¹⁴ Rt. 1927 s. 794, på s. 795.

¹¹⁵ Stenseth og Stenvik *Oljeterminhandel* s. 51.

¹¹⁶ Tjaum *Valuta- og renteswaper* s. 223.

er også av den oppfatning at regelen i ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 gir uttrykk for l'ordre public, men her omtales den som eksempel på *negativ* ordre public.¹¹⁷

Manshaus omtaler ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 som en internasjonalt preseptorisk regel, som får gjennomslag på tross av at den ikke kan anses som utslag av l'ordre public.¹¹⁸ Han bygger sin argumentasjon på en sammenligning med lov om lovvalg i forsikring § 5.¹¹⁹ Etter hans mening gir forarbeidene til loven tilstrekkelige holdepunkter til å anta at ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 får anvendelse ved pådømmelsen av pengespillavtaler.

Det kan etter dette virke noe uklart hva slags betegnelse som passer best på ikrafttredelseslovens gjennomslagsevne i lovvalgsspørsmål, selv om jeg nok heller i retning av å anse den som et ordre public-unntak. I praksis vil jeg likevel anta at en norsk domstol vil komme til at regelen, uansett om man anser den som en ordre public-regel eller en internasjonalt preseptorisk regel, må komme til anvendelse på saker som skal pådømmes i Norge. Selv om avgjørelsen i Rt. 1927 s. 794 (Frønsdal) er kritisert av enkelte forfattere er ”det neppe trolig at domstolene vil fravike resultatet”.¹²⁰

Det foreligger ingen nylige avgjørelser på dette, og løsningen må derfor antas å være usikker.

Dersom man kommer til at spilleren har et krav overfor spilltilbyderen, som igjen kan rettes mot kredittyteren, avgrenser kredittkjøpsloven § 8 annet ledd kredittyters ansvar til det beløp kredittyteren har mottatt av forbrukeren i forbindelse med kjøpet. Her snakkes det kun om pengekrav. Dette må bety at dersom spilleren ennå ikke har betalt kredittkortspillegjelden til banken, kan han ikke gjøre ugyldighetsinnsigelsen gjeldende overfor banken. Først etter at betalingen har skjedd, kan denne innsigelsen føres frem. Dette vil ha den ulempen for spilleren at det er han som blir sittende med prosessbyrden etter å ha betalt inn det han skylder til banken. Mot dette kan det anføres at ordningen med nemndsbehandling gjør at det er banken som får prosessbyrden ved å ta saken inn for domstolene dersom de ikke ønsker å rette seg etter en avgjørelse fra Bankklagenemnda.

Når det gjelder selve reklamasjonen, følger det av kredittkjøpslovens § 8 første ledd siste setning, at ”ved siden av reklamasjon overfor selgeren” må ”kredittyteren ... underrettes”. Dette betyr at forbrukeren i alle tilfeller må reklamere overfor selgeren/tjenesteyteren (dvs. spilltilbyderen) for at han skal kunne ha et krav overfor kredittyteren.

¹¹⁷ Gaarder/Lundgaard *Innføring i internasjonal privatrett* s. 107.

¹¹⁸ Manshaus *Private pengespill på internett* s. 81 flg.

¹¹⁹ Lov om lovvalg i forsikring 27. november 1992 nr. 111.

¹²⁰ Gaarder/Lundgaard *Innføring i internasjonal privatrett* s. 112.

Ordlyden krever ikke at underretningen er gitt av kjøperen. Dersom kredittyteren har fått den nødvendige underretning av f.eks. selgeren – spillstedet, og kjøperen – spilleren – er klar over dette, vil kjøpers innsigelser overfor kredittyteren være i behold. Dette støttes også av uttalelser fra Borgarting lagmannsrett.¹²¹

Kravet til kredittyteren må komme ”så snart det er rimelig høve til det”. Hva som er rimelig, vil være avhengig av situasjonen. Blant annet må det legges vekt på hvilke oppfordringer forbrukeren vil ha til å reklamere overfor banken.

Bankklagenemnda behandlet problemstillingen i en sak fra 2005.¹²² Forholdet her var at forbrukeren hadde reklamert overfor selgeren, men reklamasjonen overfor kredittkortselskapet hadde ikke kommet før et halvt år senere. Bakgrunnen for dette var at forbrukeren ikke hadde kjent til sin rett etter § 8, og kredittkortavtalen kunne tolkes som om det ikke kunne rettes krav mot kredittkortselskapet. Nemnda uttaler at:

”Når kortholder så eksplisitt henvises til brukerstedet med eventuelle innsigelser, gis kortholder etter flertallets vurdering heller ingen sterk oppfordring til å undersøke det nærmere innhold av kredittkjøpsloven § 8.”

Kjøperens innsigelser ble etter dette godtatt å ha innkommet tidsnok.

Krav som rettes mot kredittyter etter kredittkjøpsloven § 8, har den vesentlige fordel i forhold til ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd, at man ikke trenger å godtgjøre at kredittyter hadde tilstrekkelig kunnskap om hva kreditten skulle brukes til. Det holder å vise til at spillavtalen med spilltilbyderen var ugyldig.

Regelen blir altså strengere enn etter ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd, fordi det ikke er relevant hva kredittyteren visste.

Man kan spørre seg om dette er en rimelig løsning ut fra de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Risikoen for forbrukerens bruk av kredittkort på internett blir etter denne løsningen i stor grad overført til kredittyteren. Som nevnt følger det av forarbeidene til kredittkjøpsloven

¹²¹ RG 1997 s. 1657 (Borgarting).

¹²² BKN 05143.

at lovgiver har ønsket nettopp en slik risikoplassering, ut fra det synspunkt at bankene er nærmest til å kontrollere betalingsstedene. Bankene har mulighet til å sperre for bruk av kredittkort på spillsteder og mulighet til å lage avtaler med brukerstedene om at disse ikke skal tilby pengespill til folk som ønsker å betale med kredittkort. I forlengelsen av dette har bankene mulighet til å sikre sine eventuelle tap gjennom å søke erstatning fra brukerstedene ved brudd på brukersted-kredittyter avtalene.

Den skisserte løsningen tilfredsstiller derfor både hensynene bak kredittkjøpsloven og hensynene bak ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1.

På bakgrunn av dette må det antas at forbrukere som benytter kredittkort til spinning, kan rette krav mot kredittyter etter et dobbeltsporet system, der vernet etter kredittkjøpsloven § 8 vil kunne være større enn etter ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 annet ledd.

6 Tilbakesøking av betalt gjeld

Etter alminnelige pengekravsrettslige regler må man ha særskilt hjemmel for tilbakesøking av feilaktige betalinger, og man opererer her med den ulovfestede lære om *condicio indebiti*. For ugyldige avtaler er ugyldigheten grunnlaget for tilbakesøking.¹²³ Ugyldigheten må imidlertid være påberopt for å danne grunnlag for et tilbakesøkningskrav. For ugyldige avtaler gjelder det et gjensidighetsprinsipp, slik at begge parter leverer tilbake det mottatte samtidig – slik som ved heving av kontrakt.

Tilbakesøkningsadgang kan også være direkte hjemlet i lov. I slike tilfeller vil det ikke være snakk om å bruke læren om *condictio indebiti* eller det ulovfestede gjensidighetsprinsippet.¹²⁴

Ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 fjerde ledd hjemler tilbakesøking av betalt spillegjeld. Bestemmelsen lyder:

”En frivillig ydet Betaling kan ikke fordres tilbake, medmindre Betalingen er ydet i Uvidenhed om Fordringens Ugyldighed eller med Formuesgjenstande istedetfor Penge.”

Etter ordlyden ser det ut til at lovens hovedregel er at man ikke kan kreve tilbakebetalt allerede innbetalt spillegjeld, noe som innebærer en fravikelse fra hovedregelen om full restitusjonsadgang. Dette er i samsvar med det standpunkt man ellers har tatt i juridisk teori når det gjelder reproberte rettsforhold.¹²⁵ Stang fremholder at ”[e]t annet spørsmål er det om han kan forlange tilbake det han har erlagt. Svaret er at han som regel ikke kan forlange det tilbake”.¹²⁶ Begrunnelsen er at dette er det ”som best fremmer sømmelighet og orden”.¹²⁷

Unntaket er der betaleren var i ”*Uvidenhed om Fordringens Ugyldighed*”, eller det er betalt med formuesgjenstander i stedet for penger.

¹²³ Hagstrøm *Obligasjonsrett* s. 672.

¹²⁴ Op. cit. s. 675.

¹²⁵ Hallager *Den Norske Obligationsrets Almindelige Del* s. 48, Stang *Innledning til formueretten* s. 580, Hov *Avtalerett* s. 163.

¹²⁶ Stang *Innledning til formueretten* s. 580.

¹²⁷ L.c. I note til dette skriver han at ”[r]ettsordenen ville komme i et underlig dilemma, om den skulde anerkjenne sådanne tilbakesøkningskrav. Skulde den som har betalt pengene bare få dem tilbake hvis den annen part nektet å utføre den umoralske handling? I så fall vilde domstolene tvinge ham til å utføre den, hvilket vilde være en umulig løsning”.

6.1 Kunnskapskravet – ”Uvidenhed om Fordringens Ugyldighed”

Problemstillingen er her hva slags uvitenhet som kan tas i betraktning hos spilleren som har innbetalt sin gjeld etter en ugyldig spillavtale.

Ordlyden i ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 fjerde ledd skiller ikke mellom faktisk og rettslig villfarelse. Heller ikke forarbeidene til bestemmelsen gir noen klar løsning. Det er derfor nærliggende å se hen til andre regelsett.

I foreldelsesloven¹²⁸ § 10 har man en tilsvarende regel. Etter bestemmelsen kan man ha rett til tilleggsfrist dersom man ”*manglet nødvendig kunnskap om fordringen*”. Dette omfatter situasjoner der fordringshaveren ikke kjenner til at fordringen eksisterer, med andre ord faktisk villfarelse.

Dersom uvitenheten derimot skyldes rettsvillfarelse, må utgangspunktet være at fordringshaveren *ikke* har rett til tilleggsfrist, jf Rt. 2001 s. 905.

Saken gjaldt spørsmålet om arbeidsgiver, et privat røntgeninstitut, hadde plikt til å innmelde de ansatte sykepleierne og betale arbeidsgiverandelen i en lovfestet pensjonsordning. Retten kom til at det forelå slik plikt, men saken ble ansett som foreldet. Sykepleierne hadde vært i rettsvillfarelse, og foreldelsesloven § 10 kom ikke til anvendelse. Retten la i denne forbindelse vekt på at loven som forpliktet arbeidsgiver var en ”spesiallov på deres [sykepleiernes] område” som var gitt nettopp av hensyn til denne yrkesgruppen, og med ”deres fagorganisasjon som en sentral aktør, blant annet med en representant i pensjonsordningens styre”.¹²⁹

Ved krav bygget på kompliserte spesialbestemmelser eller omtvistede rettsregler, vil imidlertid tilleggsfrist kunne være aktuelt også der det foreligger rettsvillfarelse, jf Rt. 2001 s. 382.

Denne saken gjaldt også en privat tjenstepensjonsordning, men her var spørsmålet om midlene i premiefondet til pensjonsordningen skulle fordeles ved innstilling av selskapets virksomhet. I forbindelse med dette ble det av saksøkte at et mulig krav i forbindelse med dette måtte være foreldet. Retten kom her til at foreldelse var utelukket etter foreldelsesloven § 10. Det forelå usikkerhet om dette

¹²⁸ Lov om foreldelse av fordringer 18. mai 1979 nr. 18.

¹²⁹ Se side 917 i dommen.

var på grunn av faktisk villfarelse eller rettsvillfarelse, men i forhold til rettsvillfarelse bemerket retten at ”også manglende kunnskap om rettsregler vil etter omstendighetene kunne gi grunnlag for tilleggsfrist ... i alle fall dersom rettsuvitenheten knytter seg til spesialregler som er lite kjent.”¹³⁰ Konkret i forhold til den aktuelle lovbestemmelsen som var aktuell i saken uttalte retten at det ”ville være lite realistisk å forvente at de av eget tiltak skulle reise spørsmål om de hadde ytterligere rettigheter under pensjonsordningen”.¹³¹ Rettsvillfarelsen var med andre ord tilstrekkelig til å avskjære foreldelse.

Legger man denne forståelsen til grunn for ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 fjerde ledd, kan man hevde at ikrafttredelsesloven ikke er en komplisert regel, slik som tilfellet var i Rt. 2001 s. 382. Riktignok foreligger det som kjent lite rettspraksis rundt regelen, men lovens ordlyd er klar nok. Dessuten vil regelen være en spesialregel på spillernes område som var gitt nettopp av hensyn til spillerne, for å bruke Høyesteretts begrunnelse i dommen i Rt. 2001 s. 905.

Mot dette kan man for det første anføre at ordlyden er forskjellig i de to bestemmelsene, og at man derfor ikke kan operere med en lik vurdering. Ikrafttredelsesloven snakker om ”*Fordringens Ugyldighed*”, noe som taler for at det er snakk om fordringens rettslige grunnlag. I motsetning til dette taler foreldelseslovens § 10 om ”kunnskap om fordringen eller skyldneren”, noe som må bety at kunnskapen knyttes til det faktiske objektet fordring, og subjektet skyldneren, uavhengig av fordringens rettslige forankring. Denne forståelsen støttes av forarbeidene til foreldelsesloven § 10, der det uttales at ”uvitenhet om fordringen” omfatter uvitenhet både om ”fordringens eksistens og om dens forfallsdag”.¹³² Videre følger det av forarbeidene til ikrafttredelsesloven at det nettopp er ”Uvidenhed om Skyldgrundens Ugyldighed” som er relevant i forhold til om man har et tilbakesøkningskrav.¹³³ Uvitenhet om grunnen for ugyldigheten ligger i kjernen for det man omtaler som rettslig villfarelse.

Bankklagenemnda kan forstås slik at de har lagt til grunn at rettslig villfarelse er relevant for at regelen i ikrafttredelsesloven kommer til anvendelse. I sine avgjørelser har de kommet til at ugyldighetsregelen i § 12 nr. 1 har vært ”såpass lite kjent blant det brede publikum at det ikke kan bygges på at klager har kjent til at fordringen var ugyldig”.¹³⁴ Etter mitt syn går dette på

¹³⁰ Se side 393 i dommen.

¹³¹ L.c.

¹³² Ot. prp. nr. 38 (1977-78) Om lov om forelding av fordringer, s. 62.

¹³³ Motiver ikrafttredelsesloven s. 46.

¹³⁴ BKN 07029.

bevisvurderingen rundt hva spilleren visste om ugyldigheten, med andre ord vurderingen om han var i rettslig villfarelse.

Med den mediedekning det har vært rundt bestemmelsen i tiden etter den første avgjørelsen i Bankklagenemnda,¹³⁵ med både avisoppslag og uttalelser fra juridiske fagpersoner, må det imidlertid antas at det i dag vil være vanskeligere å bevise rettsvillfarelse som grunnlag for tilbakesøkningskrav etter ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 fjerde ledd.

På bakgrunn av dette må det legges til grunn at både faktisk og rettslig uvitenhet oppfyller kravet om ”*Uvidenhed om Fordringens Ugyldighed*” etter ikrafttredelseslovens § 12 nr. 1 fjerde ledd.

6.2 Betaling med ”*Formuesgjenstande istedetfor Penge*”

Nettopp fordi en del av begrunnelsen for å i hele tatt lage bestemmelsen i ikrafttredelsesloven var å unngå at folk spilte seg fra ”gård og grunn”, ble det inntatt en særlig bestemmelse i fjerde ledd som hjemlet tilbakesøking der spilleren har betalt med ”*Formuesgjenstande istedetfor Penge*”. Spørsmålet er om det alltid er tilbakesøkningsrett der det er betalt med annet enn penger, eller om naturalytelsen må tre i stedet for penger (datio in solutum). Ordlyden ”*istedetfor*” taler for siste løsning, noe som også støttes av forarbeidene.¹³⁶

En slik forståelse kan være problematisk dersom man under spillingen har satset huset, og så senere overfører grunnbokshjemmelsen i tråd med denne avtalen. Dette fordi hensynet bak regelen nettopp er å forhindre at folk spiller bort alt de eier. Dette kan tale for å gi bestemmelsen anvendelse på all betaling som ikke er rene penger.

En innvending mot dette kan være at dersom man taper penger, kan man jo selge huset sitt og komme med pengene, og således komme likt ut. Mot dette kan anføres at dette vil kreve en mer bevisst handling av spilleren, hvor solennitetshensyn gjør seg gjeldende. Dessuten vil man da ha en viss beskyttelse ved at ektefellen kan protestere på salget, jf ekteskapsloven § 32.¹³⁷

¹³⁵ BKN 06039.

¹³⁶ Motiver ikrafttredelsesloven s. 46.

¹³⁷ Lov om ekteskap 4. juli 1991 nr. 47.

Når man ser på hvordan den typiske spillsituasjonen var på den tiden da loven ble laget, kan mye tale for at man ikke tolker bestemmelsen for innskrenkende. Når man satt over et pokerbord og spilte, var innsatsen typisk i form av penger. Naturalia ble typisk benyttet når pengene var slutt, og man ønsket å fortsette spillet. Når man her bruker naturalia er det jo nettopp som et substitutt for penger. Man har da i realiteten spilt for mer enn man har råd til å tape. At slike situasjoner ikke skal kunne falle inn under bestemmelsen ville virke underlig i forhold til hvordan loven var ment å virke.

Selv om løsningen de lege ferenda må være slik at tilbakesøkningsadgangen gjelder for naturalia uansett om disse er spilt bort, eller kun brukes som oppgjørssubstitutter der gjelden er fastlagt i penger, foreligger det ingen avgjørelser for dette, og løsningen de lege lata er uviss. Uansett må det antas at dette trolig ikke er noe særlig praktisk problem.

6.3 Hvor mye kan kreves tilbakebetalt

Etter ordlyden kan spilleren kreve hele sin innbetalte spillgjeld tilbakebetalt. Her henvises det kun til ”*[e]n frivillig ydet Betaling*”, og det er ikke gjort unntak for eventuell gevinst eller annet.

Spørsmålet blir likevel om man kan kreve tilbakebetalt hele gjelden, eller om det må foretas en avregning i forhold til om man har hatt gevinst på spillet. Dersom gevinstavregning skal foretas, må man også bestemme seg for om man ser på hvert enkelt spill, eller om man ser på spillingen i en periode som ett fortsatt forhold.

Gevinsten representerer en spillgjeld dersom den ennå ikke er utbetalt, og spilleren som vinner har da ikke krav på å få den utbetalt, jf ikrafttredelseslovens annet ledd. Motsatt, dersom gevinsten allerede er utbetalt, vil den som har betalt den, kunne kreve den tilbake etter fjerde ledd dersom han var ”*i Uvedenhed om Fordringens Ugyldighed*”. Dette vil da representere en motregningsmulighet for spilltilbyderen dersom han møtes med et tilbakesøkningskrav fra spilleren.

Problemet for kredittavtalene, er at det ikke er kredittyteren som utbetaler gevinsten. De har ofte heller ikke et slikt forhold til spilltilbyder at de kan identifiseres med denne, noe som betyr at det ikke foreligger noen motregningsmulighet.

Det kan likevel foreligge holdepunkter for å si at tilbakebetalingssummen må fastsettes på bakgrunn av de gevinster spilleren har vunnet når han har spilt på lånte midler. I norsk rett har det på enkelte rettsområder utviklet seg et ulovfestet prinsipp om berikelse, og gode grunner kan tale for å gjøre berikelsessynspunkter gjeldende overfor en tilbakesøkende spiller.

Det bærende hensyn som begrunner berikelseskrav, er først og fremst at man ikke anser det som ønskelig at norsk rett skal akseptere at enkelte får en ugrunnet berikelse. Dette kommer blant annet til syne i kjøpslovens regler om oppgjøret ved heving av kjøpsavtale. Etter kjøpsloven¹³⁸ § 65 skal kjøperen ”godskrive selgeren avkasting” som han har hatt av tingen, og i tillegg ”gi rimelig vederlag for vesentlig nytte” som kjøperen har hatt av tingen. Heving av kjøpskontrakt har mange paralleller med tilbakesøking av penger på bakgrunn av en ugyldig pengespillavtale. I begge tilfellene får ”hevingen” virkning bakover i tid – *ex tunc* –, det skal skje en tilbakelevering av det mottatte (tingen og pengene), og partene skal i utgangspunktet stilles slik de sto før avtalen ble inngått.

Det kan likevel neppe oppstilles som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp utenfor kjøp at restitusjon skal foregå på denne måten. Til det er forskjellene mellom kontraktstypene for store når det gjelder muligheten til å tilbakelevere det mottatte. For eksempel vil tilbakeføring i en del kontraktsforhold, slik som avtaler om håndverkertjenester eller transportavtaler der oppfyllelse har skjedd, være umulig på grunn av realytelsens art.

Like fullt er tilbakeføring av penger på grunn av en ugyldig spillavtale såpass nært opp mot de rene kjøpsavtalene at det kan være grunn til å se hen til kjøpslovens berikelsesregler.

I samboerforhold har Høyesterett tilkjent vederlagskrav delvis basert på berikelsessynspunkter. I Rt. 2000 s. 1089 gjaldt saken vederlagskrav etter et samboerforhold. Retten kom til at ”alminnelige berikelses- og restitusjonsprinsipper må kunne gi grunnlag for en samboers krav på vederlag for stell og pleie av bofellen ved samlivsbrudd eller død”.¹³⁹ I tillegg tilsa ”også rettfærds- og rimelighetsgrunner et slikt resultat”.¹⁴⁰ Retten viste også til uttalelsen i NOU 1999:25 om prinsippet om vederlagskrav basert på berikelsessynspunkter.

¹³⁸ Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27.

¹³⁹ Rt. 2000 s. 1089, på s. 1094.

¹⁴⁰ L.c.

Det uttales her at ”[e]tter rettspraksis bygger samboeres vederlagskrav ... på generelle ulovfestede prinsipper om berikelse og restitusjon”.¹⁴¹

Dommen er enstemmig, og de prinsipielle uttalelsene må anses å ha rekkevidde utenfor den konkrete saken.

På den annen side kan det innvendes at saken er av en slik art at den ikke nødvendigvis kan begrunne berikelsessynspunkter i forhold til tilbakebetaling av spillegjeld. For det første dreide det seg om et samboerskap, noe som er ganske så forskjellig fra det kontraktsmessige forholdet man har når man kjøper varer eller låner penger. Dessuten oppstiller retten et krav om rimelighetsbetraktninger.

Mot dette kan det igjen innvendes at når det i samboerforhold, som vanligvis inngås uten noen form for uttrykkelig avtale, er rom for berikelsessynspunkter, må det samme i hvert fall gjelde innenfor kontrakt. For så vidt gjelder rimelighetssynspunkter, kan dette også sees på som en direkte henvisning til en allerede anerkjent rettskildefaktor, nemlig reelle hensyn.

Totalt sett antar jeg likevel at avgjørelsene i alle fall ikke taler imot å la berikelsesbetraktninger begrunne en gevinstavregning i pengespillsituasjoner.

Utenfor kontrakt og utenfor samboerforhold har man også lagt til grunn at det kan foreligge krav basert på berikelsessynspunkter. I Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimendommen) var spørsmålet om grunneierne hadde rett på vederlag fra noen reindriftssamer som hadde latt reinsdyrene sine beite på eiendommene uten godkjenning fra grunneierne. Situasjonen var altså at noen *rettsstridig* bruker en annens eiendeler. Høyesterett kom til at samene måtte betale vederlag for bruken uansett om motparten har lidt økonomisk tap. Det kan se ut som at retten gir uttrykk for et alminnelig prinsipp om vederlag for ugrunnet berikelse når den uttaler at:

”Utgangspunktet må være at den som bruker en annens eiendom med kjennskap til at han ikke har rett til det, må betale vederlag for bruken.”¹⁴²

¹⁴¹ NOU 1999:25 Samboerne og samfunnet s. 141.

¹⁴² Rt. 1981 s. 1215, på s. 1227.

Man kan si at dommen ikke direkte er anvendelig i forhold til gevinstavregning ved tilbakesøking av innbetalt spillegjeld, fordi vederlagskravet trer i stedet for et erstatningskrav, slik at det er eierens krav på vederlag mer enn brukerens fraleggelse av urettmessig berikelse som er i fokus. Legger man et slikt synspunkt til grunn, vil vederlagskravet i pengespillsituasjonene bli oppfylt ved at det betales rente på de innbetalte pengene.

Leser man derimot vederlagskravet som et krav om fraleggelse av urettmessig berikelse, noe som er mer i tråd med reglene etter kjøpsloven, kan man ta dommen til inntekt for en generell regel utenfor kontrakt som går på at urettmessige gevinster skal tilbakeleveres til eieren av den lånte tingen.

På bakgrunn av dette må det antas at vederlagskravet må knyttes opp mot den urettmessige gevinst som er tilført.

Bankklagenemnda har tatt stilling til problemstillingen knyttet rundt berikelseskrav ved tilbakesøking av innbetalt spillegjeld, og er etter min mening på linje med den løsning som er skissert ovenfor. I avgjørelsen i BKN 07029 s. 7, som viser til BKN 06107, BKN 06108, BKN 06111 og BKN 06112, uttaler nemnda:

”[T]olkningen av strl. ikrl. § 12 nr. 1, fjerde ledd, [gjelder] ikke uavhengig av spillerens gevinster, selv om det kan by på praktiske problemer å fastslå hva spillerens eventuelle netto tap eller gevinst utgjør. Spillevirksomheten må i utgangspunktet anses som ett fortsatt forhold, og de fordeler kortholder har fått tilført direkte, må gå til fradrag, slik at banken må ha krav på at gevinstene godskrives den.”

Nemnda la videre til grunn at klageren (spilleren) måtte medvirke til å kartlegge hvilke nettogevinster han hadde hatt. Banken mente at klageren hadde bevisbyrden for at gevinsten hadde vært lavere enn det som er antatt som gjennomsnitt (90 %), men nemnda foretok en skjønnsmessig fastsettelse av gevinsten. Klageren hadde oppgitt dette til ca. 38 %, men i mangel på tilstrekkelig bevis for dette, kom nemnda til at gevinstprosenten måtte settes til 48.

Nemnda oppgir ingen konkret hjemmel for sin løsning, men det kan antas at man har sett hen til alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper ved vurderingen.

På bakgrunn av det ovennevnte vil jeg anta at nemndas avgjørelser må anses som gjeldende rett for så vidt gjelder utgangspunktet om fraleggelse av gevinst. Rettsteknisk er det en stor fordel at nemnda vurderer gevinsten over et visst tidsrom. Etter min mening er det imidlertid en svakhet at nemnda fastsetter gevinsten ut fra en skjønnsmessig vurdering. Det mest ryddige, og rettsteknisk enkleste, ville være å oppstille en sjablonmessig gevinstberegning i de tilfeller spilleren ikke ønsket å bidra til å bevise hva han har vunnet. Jeg kan ikke se at et slikt krav vil være urimelig overfor den som faktisk har mulighet til å gjøre rede for de inn- og utbetalinger som har funnet sted.

Et slikt berikelsesstandpunkt vil etter min mening ikke være i strid med de hensynene som ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 er bygget på. Hensynet til spilleren er ivaretatt ved at han kommer ut i null. Loven er jo ikke laget i den hensikt å tilføre gamblere en fordel ved spillingen.

7 Veien fremover – de lege ferenda

Stortinget har vedtatt å starte arbeidet med en ny straffelov. Justisdepartementet arbeider derfor nå med et utkast til ny spesiell del. Det antas at loven vil bli vedtatt i sin helhet innen utløpet av 2009. I denne forbindelse vil det være av interesse å se på om ikrafttredelsesloven § 12 nr. 1 vil bli videreført med samme innhold, om den endres, eller om den faller bort.

De bærende hensyn bak bestemmelsen er, som allerede nevnt, minst like aktuelle i dag som de var i tidligere tider. I tillegg kan man anføre at nye hensyn gjør seg gjeldende i tillegg til de gamle. Kanskje spesielt risikoen for at spilling blir brukt av kriminelle elementer som ledd i hvitvasking av penger taler for å videreføre regelen. Med de ekstravilkår som stilles til långivers kunnskap, kan jeg ikke se noen grunn til å ta bort en slik regel. Etter min mening bør regelen derfor videreføres, og gjerne gå lengre for å ramme flere transaksjoner enn de som i dag rammes.

Det er viktig at loven avstemmes i tråd med nåtidens tekniske forhold, blant annet slik at man tar stilling til de konkrete problemstillingene forbundet med betaling på internett, ved hjelp av kreditt- og debetkort, og lovvalgsproblematikk. Også når det gjelder kunnskapskravet til långiver bør behandles eksplisitt, gjerne i forarbeidene. Bestemmelsens forhold til kredittkjøpsloven bør også vurderes.

Bestemmelsen bør imidlertid ikles en mer tidsmessig språkdrakt, og etter mitt syn hadde det vært en fordel om den hadde blitt flyttet over i avtaleloven.¹⁴³

¹⁴³ Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4.

Kilder

Lover

Norske lover:

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687, Femte Bog Cap. 1 Art. 1.

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687, Femte Bog Cap. 1 Art. 2.

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687, Femte Bog Cap. 13 Art. 53.

Kongelig forordning 6. oktober 1753.

Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10.

Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden 22. mai 1902.

Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4.

Lov om veddemål ved totalisator 1. juli 1927 nr. 3.

Lov om tipping 21. juni 1946 nr. 2.

Lov om foreldelse av fordringer 18. mai 1979 nr. 18.

Lov om kredittkjøp m.m. 21. juni 1985 nr. 82.

Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27.

Lov om ekteskap 4. juli 1991 nr. 47.

Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring 26. juni 1992 nr. 86.

Lov om pengespill m.v. 28. august 1992 nr. 103.

Lov om lovvalg i forsikring 27. november 1992 nr. 111.

Lov om lotterier m.v. 24. februar 1995 nr. 11.

Lov om finansavtaler og finansoppdrag 25. juni 1999 nr. 46.

Lov om opplysningsplikt og angrerett m.v. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted 21. desember 2000 nr. 105.

Lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr. 34.

Danske lover:

Kong Christian Den Femtis Danske Lov af 15. 04. 1683 Femte Bog Cap. 14 Art. 55.

Engelske lover:

Gaming Act 1845 Section 18.

Gaming Act 1892 Section 1.

Gambling Act 2005 Part 17.

Franske lover:

Code civil 21. mars 1804 artikkel 1965.

Romerske lover:

Digesta Bok 11 Kapittel 5.

Tyske lover:

Bürgerliches Gesetzbuch 18. mai 1896, §§ 762 og 764.

Forarbeider

Indst.O. VII (1899-1900) Indstilling fra justiskomiteen angaaende den kgl. Proposisjon til en almindelig borgerlig straffelov, en lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttræden samt en lov, indeholdende forandringer i lov om rettergangsmaaden i straffesager af 1ste juli 1887. (Ot. Prp. Nr. 24 for 1898/99 samt dok. nr. 27 med to tillæg.)

Indst.O. I. (1901/1902) Indstilling fra justiskomiteen angaaende den kongelige proposisjon til en almindelig borgerlig straffelov, en lov om den almindelige brogerlige straffelovs ikrafttræden samt en lov, indeholdende forandringer i lov om rettergangsmaaden i straffesager af 1ste juli 1887.

Oth. prp. nr. 24 (1898-1899) Ang. Udferdigelse af en almindelig borgerlig Straffelov m.v.

Ot. prp. nr. 38 (1977-78) Om lov om forelding av fordringer.

Ot. prp. nr. 34 (1980-81) Om lov om kredittkjøp m.m.

Ot. prp. nr. 31 (1988-1989) Om lov om omsetning av alkoholholdig drikk m.v.

Ot. prp. nr. 44 (2002-2003) Om lov om endringer i pengespill- og lotterilovgivningen.

Motiver ikrafttredelsesloven

Motiver til den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttræden 1896. (Del av oth. prp. nr. 24 for 1898/1899.)

Motiver straffeloven

Motiver til den almindelige borgerlige straffelov 1896. (Del av oth. prp. nr. 24 for 1898/1899.)

NOU 1999:25 Samboerne og samfunnet.

Høringsnotat fra Kultur- og kirke departementet 13.11.2007: ”Høringsnotat om forbud mot medvirkning til fjernspillvirksomhet i form av betalingsformidling for fjernspill uten norsk tillatelse.”

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser:

Rt. 1923 II s. 58 Irma-Mignon.

Rt. 1927 s. 663 Eidenbom.

Rt. 1927 s. 794 Frønsdal.

Rt. 1980 s. 243 Tampax.

Rt. 1981 s. 1215 Trollheimendommen.

Rt. 2000 s. 1089

Rt. 2001 s. 382

Rt. 2001 s. 905

Rt. 2003 s. 1210

Lagmannsrettsavgjørelser:

RG 1997 s. 1657 (Borgarting)

RG 1997 s. 1660 (Borgarting)

Avgjørelser fra Bankklagenemnda

BKN 05143

BKN 06039

BKN 06107

BKN 06108

BKN 06111

BKN 06112

BKN 07029

Litteratur

Agell, Anders *Om spelvinster, hedersskulder och väntjänster* i Festskrift till Håkan Nial, Stockholm 1966, s. 1 – 29.

Arnholm, Carl Jacob *Privatrett II Avtaler*, Oslo 1964.

Bratholm, Anders og Matningsdal, Magnus *Straffeloven med kommentarer. Anden Del. Forbrydelser*, Oslo 1995.

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* 5. utgave, ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001.

Gaarder, Karsten *Innføring i internasjonal privatrett* 3. utgave ved Hans Petter Lundgaard, Oslo 2000.

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*, Oslo 2003.

Hagstrøm, Viggo *"Spil og Væddemaal" om valuta* i Festskrift til Anders Bratholm, Oslo 1990, s. 65 – 72.

Hallager, Fr. *Den Norske Obligationsret Iste Bind Andet gennemseede Oplag ved L.M.B. Aubert*, Christiania 1879.

Hallager, Fr. *Den Norske Obligationsrets Almindelige Del ved L.M.B Aubert*, Christiania 1887.

Hov, Jo *Avtalerett* 3. utgave, Oslo 1993.

Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet* 2. utgave, Oslo 1998.

Hov, Jo *Rettergang III*, Oslo 2000.

Kjerschow, Per *Straffeloven med kommentar*, Oslo 1930.

Knoph, Ragnar *Oversikt over Norges rett* 12. utgave, ved Karin M. Bruzelius, Oslo 2004.

Krüger, Kai *Norsk kjøpsrett* 4. utgave, Bergen 1999.

Lynge Andersen, Madsen og Nørgaard *Aftaler og Mellemænd*, 2. udg. 3. oplag, København 1991/1996.

Lynge Andersen og Madsen *Aftaler og Mellemænd*, 5. udg., København 2006.

Skeie, Jon *Den norske strafferett Annet bind Den specielle del*, Oslo 1938.

Stang, Fredrik *Innledning til formueretten* 3. utgave, Oslo 1935.

Tjaum, Arne *Valuta- og renteswaper*, Oslo 1996.

Woxholth, Geir *Avtalerett* 6. utgave, Oslo 2006.

Zimmermann, Reinhard *The Law of Obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town 1990.

Artikler

Juridiske artikler:

Hagstrøm, Viggo *Bankklagenemnda. Nytt liv i gammel juss*. Lov og Rett 1995, s. 503-537.

Hagstrøm, Viggo *Nytt i privatretten* nr. 2, 2006, s. 18 flg.

Manshaus, Halvor *Private pengespill på internett* Complex nr. 4 1997.

Stenseth, Geir og Stenvik, Are *Oljeterminhandel* MARIUS 1989.

Avisartikler:

Dagsavisen 03.10.2006 s. 8.

Aftenposten 25.09.2007 s. 4.

Rapporter

Sirus rapport nr. 2 for 2003 *Pengespill og pengespillproblemer i Norge*.

Forslag til handlingsplan for forebygging av spilleavhengighet og reduksjon av skadevirkninger fra overdrevent pengespill. Lotteritilsynet, desember 2004.

Rapport utarbeidet av MMI for Norsk Tipping *Undersøkelse om pengespill. Spillvaner og spilleproblemer i befolkningen*. Oslo, 15.09.2005.